

ドイツ判例における刑事責任能力判断について

佐野, 文彦 / SANO, Fumihiko

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

Review of law and political sciences / 法学志林

(巻 / Volume)

118

(号 / Number)

4

(開始ページ / Start Page)

17

(終了ページ / End Page)

72

(発行年 / Year)

2021-03-20

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00025498>

ドイツ判例における刑事責任能力判断について

佐野 文彦

目次

第一章 問題の所在

第一節 我が国の通説の論理と批判

第一款 我が国の通説の論理

第二款 実践的批判

第二節 ドイツにおける議論

第一款 ドイツ刑法二〇条、二一条

第二款 各要件解釈について

第三節 ドイツ判例の提起する視点

第四節 検討方針

第二章 ドイツ判例の判断について

第一節 全体の傾向…入口要件を巡る動向

第一款 現在の判例における入口要件の活用

第二款 小括

第二節 個別事象ごとの判断の概観

第一款 内因性精神病

第二款 人格及び行動の障害

第三款 情動

第三章 総括的検討

第一節 獲得された知見

第二節 残された問題

第一章 問題の所在

第一節 我が国の通説の論理と批判

第一款 我が国の通説の論理

我が国の刑法三九条は「心神喪失者の行為は、罰しない。」「心神耗弱者の行為は、その刑を減輕する。」と規定している。これは、精神障害に罹患した者等が、いわゆる犯罪行為に及んだ場合にその責任の減免を認める規定であると理解されているが、この「心神喪失」「心神耗弱」の内実は、大審院が昭和六年判例において示した通り、「精神の障礙に因り事物の理非善悪を弁識するの能力なく又は此の弁識に従て行動する能力なき状態」、「精神の障礙未だ上叙の能力を欠如する程度に達せざるも其の能力著しく減退せる状態」であると一般的に理解されている。⁽¹⁾⁽²⁾

かかる責任能力の内実について、我が国の通説と目される議論は、行為者に非難可能性としての責任が認められるのは、違法行為に出ることを思いとどまることができた場合であるという前提を採用し、さらにこれが責任能力を基礎づける原理であると理解した上で、ドイツにおける議論を参照しながら、右記定式について以下のような理解を示している。すなわち、「精神の障害」は「認識・制御能力に影響を与えうるような精神症状あるいは精神状態像」である一方（法律的病氣概念）、「事物の理非善悪を弁識するの能力」は、行為者の違法性を認識する能力であり、違法性の意識の可能性に解消されるものであるとして、責任能力基準に関する議論の焦点を「此の弁識に従て行動する能力」（制御能力）へと移し、これが、「違法行為に出ることを思いとどまる能力」であるとする理解である。⁽⁴⁾

第二款 実践的批判

かかる通説的理解を巡っては、とりわけ裁判員裁判導入にあたって、その実践的適用に不明瞭な点が存在し、再検討する必要があるのではないかとの問題意識から、近時学説においても活発な議論が提起されているところである。⁽⁵⁾

通説的理解の実践的適用を巡る問題のうち、その根本的なものと思われる問題は以下の点にある。すなわち、通説的理解からは、違法性の認識がある場合には制御能力の問題のみが残されるところ、統合失調症等の精神障害に罹患していたとしても、殺人等が違法であることがわからないということはほとんどないのだから、通説にとって決定的な基準は、当該犯行を思いとどまることができたか否かという点にあることになる。しかし、「行為者が犯罪を犯した場合とは、最終的には犯罪行為に出ようとする衝動が制御されなかったことを意味する」が、「この場合、精神の障害によって『制御できなかった』のか、それとも『制御する可能性はあったが、制御しなかった』だけなのかを明確に区別することは困難である」という問題である。⁽⁸⁾

そして、仮に通説の論理を一貫させるならば、我が国において一般的には妥当ではないと考えられる範囲にまで減免の効果が及ぶのではないかと、との批判も当てられている。このような批判は、古くは墨谷葵によってもなされていたところであるが、近時においても、例えば、「犯行を思いとどまるという意味での行動制御能力に責任能力の本質を求める」立場からすると、「違法性を十分に踏まえた上で、違法行為を思いとどまることはおろか、違法行為を犯すことを喜びとする反社会性人格障害者も……責任非難を減少させることになる」ところ、「この帰結は理論的には一貫するが、」池田小学校事件の裁判例に見られるように「我が国の法律判断としては認されて」いないと批判されている。⁽¹⁰⁾

かような実践的批判からは、相互に関連する問題ではあるものの、以下の三つが問題として看取されるだろう。すなわち、①全ての精神障害或いは精神状態について、グラデーションなく等しく減免の範囲を認めることは妥当ではないのではないか、②通説的な意味での制御能力を活用することによって一般的に責任能力を判断することはそもそも困難なのではないか、③とりわけ人格障害等について、我が国にとっては一般的に妥当とは考えられない結論を導くのではないか、との問題である。

第二節 ドイツにおける議論

このように我が国の通説的理解に対しては、とりわけその実践的適用を巡って批判が提起されているところであるが、我が国の通説的理解自体がドイツ学説を参照していることから示唆されるように、ドイツの議論においては、我が国の通説的理解に対応するような責任能力の理解も見受けられるところである。その位置づけも含め詳細は別稿において論じているが、ここでは、議論の前提として条文を見た上で、我が国の通説的理解と対応する理解を簡単に確認しておきたい。

第一款 ドイツ刑法二〇条、二一条

ドイツにおいては、成人の刑事責任能力は、刑法典二〇条及び二一条に規定されており、前者は精神障害による責任無能力を規定し、後者は限定責任能力を規定している。⁽¹²⁾

「刑法二〇条（精神障害による責任無能力）犯罪遂行時に、病的な精神障害、根深い意識障害、又は精神遅滞若し

くはその他の重い精神障害のため、当該犯行の不法を弁別し、又はその弁別に従って行為する能力がない者は、責任なく行為したものである。

刑法二一条（限定責任能力） 当該犯行の不法を弁別し、又はその弁別に従って行為する行為者の能力が、第二〇条に掲げられた理由の一により、犯罪遂行時に著しく減退していたときは、刑は、第四九条第一項により、減軽することができる。」

（なお、「精神遅滞」「重い精神障害」という文言は、「精神薄弱」「重い精神的偏倚」という文言であったが、二〇二二年一月一日発効の法改正により、同文言に変更されている。⁽¹³⁾ 本稿で対象とする判例は全て改正前のものであるが、改正において内実に変更は加えられていないことから、引用部分を除き、改正後の用語に揃えることとする。）⁽¹⁴⁾

右のように、ドイツ刑法では、精神障害等について四つのグループに分けて規定した上で、かかるグループの一つに該当する状態があることを前提に、（我が国のように「事物の理非善悪」ではなく）「当該犯行の不法」についての弁別能力と、「その弁別に従って行為する能力」とについて規定している。我が国とは異なり、限定責任能力の効果は任意的減軽であるが、判例では、責任内容（Schuldgehalt）が基本的に減退していることを踏まえた裁量判断が必要になるとされている。⁽¹⁵⁾

このように、ドイツ刑法二〇条、二一条は、我が国の昭和六年判例の定式と類似した規定となっている。同条は責任能力に関する要件として、一定の精神障害等、当該犯罪の不法を弁別する能力、その弁別に従って行為する能力の三つを挙げているが、これらはそれぞれ、ドイツでは一般的に「入口要件」、「弁別能力」、「制御能力」と呼ばれている。

第二款 各要件解釈について

第一項 入口要件

ドイツ刑法二〇条は入口要件として四つのグループがあることを示しているが、これは、我が国の通説的論者が示す通り、多種多様な障害、さらには障害でない精神状態についても捕捉するものとして規定されたものである。⁽¹⁶⁾

すなわち、まず旧刑法五一条（現二〇条、二一条）が入口要件として「意識障害」「精神活動の病的障害」「精神的薄弱」の三つを規定していたところ、BGH判例は、例えば「精神活動の病的障害」は「臨床精神医学的な意味における精神病のみならず、通常の健康で成熟した人間には備わっている、意思形成の能力を与える表象と感情を阻害するような、理性及び意思・感情・欲動に関するあらゆる種類の障害を含む」と判断している⁽¹⁷⁾（BGHSt 14,30）、精神病に限られないあらゆる種類の障害が入口要件に含まれていると理解していた。かような判例の立場に対しては、改正時に、人格障害や欲動障害等のあまりにも多くの事例で責任無能力とならないか危惧され、一部の草案は一部の入口要件の場合（「その他の重大な精神的偏倚」）について免責は認めず減軽のみ認める立場を採用していたものの、最終的にこの立場は採用されず、精神病に限られない全ての入口要件について、責任無能力の可能性が認められたのであった。⁽¹⁸⁾

このように、特定の病気に限定することなく設けられた入口要件については、「根深い意識障害」には、医学的に見て障害ではない高度の情動が含まれているほか、「その他の重い精神障害」は器質的原因のない精神障害も含むものであるとされ、とりわけ「その他の重い精神障害」は受皿的要件としての性格を有するものであるとも指摘されているところである。そして、「根深い」「重い」といった要件は量的には定まらなさと指摘されており、少なくとも学

説上は、入口要件を独立して設ける必要性があるのか疑義が指摘されている。⁽¹⁹⁾

第二項 弁別能力

判例学説においては、弁別能力に関する規律は、禁止の錯誤の一事例であるという特殊な理解が存在している。すなわち、ドイツにおいては、犯罪遂行時に不法を行っていることの弁別が欠けている場合、その錯誤が回避可能でなかったならば責任が阻却される旨を刑法一七条が規定しているところ、判例は、弁別能力に関する二〇条、二一条の規律は、かかる禁止の錯誤の一事例であると明示的に認めており、⁽²⁰⁾行為者が現に不法を知っていた場合には、弁別能力の問題は生じないとしている。判例は「不法を現に弁別していた場合には行為者の責任は減退しない」として、実際の不法の弁別の有無を問題とし、⁽²¹⁾自らの行為の外的状態とその当罰的行為としての意味内容を知っていた(erkannt hat)ことから弁別の存在を導いている。⁽²²⁾そして、現に不法を弁別していなかった場合の規律としては、その弁別の欠如について行為者が非難可能でなければ弁別無能力(二〇条)、非難可能であれば弁別能力の著しい減退(二二条)が認められる、と判断されている。⁽²³⁾一般的理解も、かかる判断に異論を示していない。⁽²⁴⁾

第三項 制御能力

別稿において論じた通り、我が国の通説的見解と同様に、責任能力を現実に行った違法行為とは異なる行為を選択する能力として捉え、これを制御能力の内実として理解する見解に対しては、現在のドイツ学説は一般的には批判的であり、コンメンタールでは批判が圧倒的であるとまで評されている状況ではある。⁽²⁵⁾もっとも、かつての著名なBGH判例(BGHSt 2,194)⁽²⁶⁾は、我が国の通説的見解に親和的な叙述を、以下のように残していたのであった。

すなわち、「責任とは非難可能性である。責任という無価値判断によって、行為者は、適法に振る舞い法に従うように決定することができた(sich für das Recht hätte entscheiden können)にもかかわらず、適法に振る舞わず不

法へと決定したことについて、非難される。責任非難の内的根拠は、人間は自由で答責的な、道德的自己決定を行う素質を有しており (angelegt)、それゆえ、法に従い不法を選択しない能力 (befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden)、『つまり法的当為規範に自らの振舞いを適合させ法的に禁止されたことを回避する能力を有している』という点にある。」と。

第三節 ドイツ判例の提起する視点

このようにドイツにおける議論には、我が国の通説的理解に対応するような理解も存在することが看取されるところであり、かつての判例 (BGHSt 2,194) は我が国の通説的理解に親和的な叙述も残していたところであった。しかし他方で、第一節で見たように、我が国の学説においては、通説的理解に対して、とりわけその実践的適用を巡って批判が提起されているところである。そうすると、仮にドイツ判例が同様の議論を採用しているならば、我が国で見受けられる批判 (第一節における①～③) がそのまま妥当することになるようにも思われる。

もっとも、ドイツのコンメンタールを紐解くと、その後の判例で BGH は、BGHSt 2,194 のような「自由意思への明確な支持の表明を避けている」と評価されており、⁽²⁷⁾ 現に責任能力に関する諸判例を見ると、同判例を引用することなく各種事案について判断が示されている。⁽²⁸⁾ さらにその判断の内実を見ると、判例は各能力のみならず、学説上は必ずしも重視されていない入口要件にも重要な意義を認め、これを積極的に活用しながら、様々な問題事象に合わせた柔軟な解決を志向していることが看取されるのである。かようなドイツ判例の判断を考察することは、翻って我が国で見受けられる通説的理解への批判 (とりわけ①) について一定の示唆をもたらすものであるように思われる。

この点、先行研究においては、「ドイツの判例においては、制御能力の概念は、自由で答責的な人間のもつ抑制力

を前提として、そうした人間の意思力と犯罪衝動の力関係において理解されているように思われる」と紹介されている。⁽²⁹⁾ ドイツにおいても、「一般的に制御能力は、全ての抵抗力を用いても規範適合的意思形成ができないかを問うものだ」という理解も見られることからすれば、やはりドイツ判例では一般的に共通した判断のポイントが採用されているようにも思われる。しかし、ドイツ諸判例における責任能力判断を見ると、こうした判断のポイントは、人格障害や性的逸脱等については見受けられるものの、統合失調症をはじめとする精神病においては、必ずしも一般的には見受けられないように思われる。かようなドイツ判例の状況を、入口要件の積極的活用とも関連させながら考察することは、これもまた我が国で見受けられる通説的理解への批判（とりわけ②）に対して示唆をもたらすように思われる。

もっとも、人格障害や性的逸脱等についてであれ、右のような「意思力と犯罪衝動の力関係」を正面から取り上げると、我が国の学説が批判するように、少なくとも我が国において一般的には妥当とは考えられていない範囲にまで減免の範囲が及んでしまうようにも思われる。例えば、「ドイツの判例は、小児性愛の問題を制御能力の問題に位置付けている」が、「ドイツとは異なり、日本の裁判例において、小児性愛が問題となった事案はほとんど」なく、責任能力判断には「日独間のズレ」が存在していると指摘されているように、⁽³¹⁾ ドイツ判例の是認する適用範囲と我が国の判例実務の是認する適用範囲との間には一定の差異が存在していることも確かであるように思われる。しかし、それが如何なる論理によって、また如何なる場合について責任能力判断の問題とされているのか、また如何なる効果まで是認されているのか（一般的に免責の対象とまで考えられているのか）はなお検討の余地があるように思われる。かかる点を検討することは、我が国における責任能力判断の適用範囲の広狭、また通説的理解への批判（とりわけ③）についても示唆をもたらすものであるといえよう。

第四節 検討方針

このようにドイツ判例の動向を検討することは、翻って我が国の学説における責任能力判断に関する議論に対して、有益な示唆をもたらすように思われる。そこで、本章で見たような問題意識から、本稿では、我が国の通説的理解が参照してきたドイツにおいて、その判例が如何なる判断を示しているのかについて検討し、我が国の議論状況に対する一定の示唆を獲得することを目指したい。判例を取り上げるにあたっては、代表的なコンメンタール類も参照しつつ、それらに取り上げられているものを中心に判例を取り上げ、如何なる判断のポイントにおいて、如何なる具体的判断が示されているかを検討することで、具体的な知見を獲得することとしたい。

なお、ドイツ判例を取り上げるにあたっては、以下二点の留保をつけたい。

第一に、検討領域について、酩酊等に関する判断については、行為責任の判断時点が正面から問題となり原因において自由な行為を巡る判断をも検討対象とする必要があるほか、酩酊による責任無能力の場合に関して処罰を認める刑法三二三a条も⁽³²⁾検討対象とする必要がある。そこで本稿では、これを検討対象から除外し、⁽³³⁾右問題意識にとって特に注目される症状等（特に統合失調症やうつ病、妄想性障害、人格及び行動の障害、情動）に主として着目しながら検討を進めることとしたい。

第二に、対象判例について、責任能力に関する刑法二〇、二一条の判断は、これらの条文が正面から問題になる場合のみならず、精神病院收容命令に関する刑法六三条の判断の前提として問題になる場合もある。すなわち、刑法六三条はその要件として、責任無能力や限定責任能力の状態で違法な行為を遂行したことを要求しており、精神病院收容命令の前提として刑法二〇、二一条が問題とされることもある。この点、先行研究においては、両者をまとめて責

任能力の判断基準として考察対象にすることが多いように思われ、確かに、判例においても両者に共通して用いられる視点も複数見受けられる。しかし、両者では認定方法が異なるため両者は常には同等に扱えないし、現に刑法六三条の判断の中でのみ見受けられる叙述も存在するように思われる。そこで、基本的に刑法二〇条、二一条が正面から問題となった判例を取り上げつつ、視点を共有していると思われるものについてのみ刑法六三条に関する判例も対象判例として含めることとしたい。

第二章 ドイツ判例の判断について

本章では、刑法二〇条、二一条に関するドイツの諸判例の分析を通じて、如何なる判断の下に具体的事案の解決が図られているかを、問題となる精神障害・事象ごとの分析をもとに考察することとしたい。⁽³⁵⁾本章では、判例の判断に見られる全体の傾向を捉えた上で（第一節）、個別事象ごとの分析を行いたい（第二節）。⁽³⁶⁾

第一節 全体の傾向…入口要件を巡る動向

前節においても触れたように、判例においては、各能力のみならず、精神障害等の入口要件にも一定の重要性が認められている。現に、近時のBGH判例を見ても、「行為者の不法を弁別する能力又は弁別に従って行為する能力が犯罪遂行時に著しく減退していたかどうかについての裁判官の判断は、多くの手順のうちの一つに過ぎない」として、入口要件の存在について未決定としながら制御能力の著しい阻害を否定した地裁判決を否定しているほか、当該事案についてどの入口要件に該当するかを基本的に未決定にすることはできないとされている。⁽³⁸⁾本節では、現在の判例に

おいて入口要件がどのように活用されているかについて、それが端的に現れる二つの局面を概観することで、全ての入口要件についてグラデーションなく減免の余地が認められているわけではないことを確認することとしたい。

なお、以下の検討の前提として「精神病 (Psychose)」と「精神障害」の用語を区別する必要がある。すなわち、シュナイダー以降のドイツ語圏精神医学においては「精神病」は主として身体的基盤を持つものに限られており、頭部外傷や感染症等の侵襲のように身体的基盤の明らかな外因性精神障害と、統合失調症や双極性障害のように身体的基礎がいずれは見出されるだろうと仮定される内因性精神障害とにより構成される一方で、精神障害は人格異常や精神遅滞も含めて精神の病的状態全体をまとめる包括的概念として考えられているとされている。⁽³⁹⁾ 現行法においては、入口要件として、精神病 (外因性精神障害・内因性精神障害) が問題となる「病的な精神障害」、実務上主として情動が問題となる「根深い意識障害」、知的障害が問題となる「精神遅滞」 (「精神薄弱」、人格及び行動の障害等が問題となる「その他の重大な精神障害」 (「その他の重大な精神的偏倚」) が認められているが、この四つのグループについて、以下では便宜上、順に「第一グループ」「第二グループ」「第三グループ」「第四グループ」と呼称し、検討を進めることとしたい。

第一款 現在の判例における入口要件の活用

第二項 第一グループと第四グループの区別…妄想を例に

まず本節で取り上げたいのは、第一グループと第四グループとの区別である。一九九七年のBGH判例⁽⁴⁰⁾において問題となったのは、被告人の嫉妬妄想がどのグループに属するかということであった。

これは、一定の関係を持っていた被害者について嫉妬妄想を強めていた被告人が、当該被害者に対して強姦等の犯

行に及んだという事案である。⁽⁴⁾ 地裁は、被告人には嫉妬妄想の形をとった病的な精神障害が存在しており、嫉妬妄想により動機づけられた犯罪の範囲において制御能力を完全に失わせるほどの重さを持っていたとして、責任無能力であったと判断した。当時被告人には著しい酩酊もあったが、それは責任能力判断では単なる従属的な役割しか果たさず、被告人の嫉妬妄想の形をとった人格障害だけでも制御能力の喪失の原因となることが疑われるとも判断した。

地裁はこうして責任無能力で被告人に無罪を言い渡すと共に精神病院収容命令も出さなかったのであるが、BGHはこの一連の判断に対する検察の上告を認めた。BGHは、地裁が嫉妬妄想を「病的」と判断し第一グループに分類したことについて、当該妄想症状が統合失調症として内因性精神病に分類され第一グループに分類されるのか、第四グループに属するのかわからないとして、以下のように述べた（文献等引用略）。

「被告人の状態の明確な分類を放棄してしまうことはできない。なぜならば、妄想表象は心的原因にも身体的原因にも基づきうるからである。精神医学の文献においても、鑑別診断としては、診断が難しくとも、妄想性の統合失調症は妄想性障害と区別されなければならないということが承認されている。刑法二〇条の『生物学的』要件の正確な分類は法的に意味あることである。何故ならば、——例えば内因性の精神病の場合とは異なり——その他の重大な精神的偏倚に属する状態において、責任無能力ゆえに完全な免責にいたることは稀な例外にすぎない（nur in seltenen Ausnahmefällen）からである。」

その上で、地裁判決において、第一グループに属するという評価の説明が他の説明と容易くは両立し得ないものであること、第四グループに属した場合に責任無能力になりうる例外的場合に該当しうるような説明もなされていないこと、また具体的犯罪への影響についても説明が不足していること等を挙げて、地裁判決を破棄するにいたっている。以上の判例は、第一グループでは責任無能力・限定責任能力を認めるための理由付けの必要性が下がることを認め

た訳ではないが、第一グループとは異なり第四グループでは責任無能力が稀な例外であるという傾向が判例上承認されていると言えらる⁽⁴²⁾。⁽⁴³⁾

第二項 第四グループの限界…人格障害を例に

次に取り上げたいのは、第四グループの限界についてである。学説上、第四グループが受皿的要件としての性格を持つものであるとも評価されていることからすれば、第四グループには何の限定的機能もないようにも見えるところである。しかし、判例内在的には一定の限定的機能を有しており、それは特に人格障害が問題となる局面において見受けられる。

そもそも、学説の依拠する法律的病氣概念を支持した前述の BGHSt 14:30 も、無条件に入口要件を認めたものではなかった。すなわち、その判断の中で BGH は「法律は、個人はその者が自由に使うことができるような意思力を完全に投入するということを要求している。意思薄弱やその他の性格の欠陥は〔旧〕刑法五一条一、二項を認めることを正当化しない」と述べており、単なる性格の欠陥等は責任能力判断から除外する旨を示していたのである。

この点には確かに学説上批判があるところであるが、⁽⁴⁴⁾判例においては、その後もかかる立場が引き継がれている。

例えば、二〇〇四年の判例 (BGHSt 49:45)⁽⁴⁵⁾ においても BGH は、第四グループに関する責任能力判断を整理する中で、「その者が、単に順応しない振舞いや際立った人格のみを示唆し、人格障害の重さにまで到達していないような人格構造を示している場合には、精神医学的見地からすでに、刑法二〇条の四つ目のメルクマールへの分類が排斥される」と述べている。これは、医学的に人格障害にさえ至らない人格の性質は責任能力判断から除外される旨を明示的に示すものと言えらる⁽⁴⁶⁾。

さらに、後述するように、⁽⁴⁶⁾医学的に人格障害と診断されたとしても、判例上は一定の場合にしか第四グループ該当

性が認められておらず、人格障害の責任能力判断については、そもそも入口要件の段階で重大な限定がかけられているのである。

第二款 小括

以上のように、判例においては、精神病（第一グループ）における責任能力判断とは異なり、第四グループでは責任無能力が稀な例外であるという傾向が判例上承認されている上に、第四グループ該当性が問題となるような障害（特に人格障害）については、入口要件判断においても重大な限定がかけられているところである。このように見ると、判例は、とりわけ第四グループについては減免方向の判断が制限的である傾向を有し、且つそのことを判例自身も認めているのであって、全ての入口要件についてグラデーションなく減免の余地を認めるものではないということができるだろう。

このことを踏まえた上で、次節では、各々の問題事象ごとに責任能力判断の在り方を見ていくこととしたい。

第二節 個別事象ごとの判断の概観

本節では、第一章で述べたように、統合失調症・うつ病等・人格及び行動の障害・情動を巡る諸判例について、概観する。⁽⁴⁷⁾ 検討は、第一グループに属する内因性精神病等（第一項）、第四グループに属する人格及び行動の障害（第二項）、第二グループに属する情動（第三項）の順番に行う。

第一款 内因性精神病

第一項 統合失調症等

統合失調症に関する責任能力判断については概観すると、刑法二〇、二一条が正面から問題になった判例は少なく、多くは刑法六三条の判断の前提として刑法二〇、二一条を問題にしていることが看取される。このこと自体から、BGHは統合失調症について幅広く免責を認めていることがうかがい知れるところであるが、ここでは判断の全体の傾向を踏まえた上で、その具体例を考察したい。

1 全体の傾向

統合失調症を巡る責任能力判断については以下のような傾向が見受けられる⁽⁴⁸⁾。

①統合失調症の急性期シュープ (akute Schub)⁽⁴⁹⁾や「末期 (Endphase)」においてなされた犯罪については、基本的に責任無能力を前提とすることができる。もっとも疾病と犯罪との関連性は必要である。

②それ以外の場合については、統合失調症が弁識能力及び制御能力にどのように影響を与えたかの具体的説明が必要となる。

2 具体例

(1) 急性期シュープ等について ①

BGHは急性期シュープ等について幅広く免責を認めている。例えば、一九九五年の判例⁽⁵⁰⁾では、慢性期の統合失調症に罹患していた被告人による故殺について、限定責任能力のみを認めた地裁判決について「―被告人の病気は十年来続いているところ―少なくとも統合失調症の急性期シュープや『末期』においては経験則上、責任無能力であることを原則として前提とされなければならない」として、責任無能力を認めない理由付けについての説明不足を理由に

破棄している⁽⁵¹⁾。また他にも、「破瓜型統合失調症に基づくまさに不快性の変調や衝動的な緊張から行われた犯罪行為」について「制御無能力は原則として排斥され得ない」とした判例も存在する⁽⁵²⁾。

こうした事例において、なぜ原則として責任無能力が前提とされなければならないのかについては、右記判例をはじめとして多くの判例は語っていないものの、例えば、同じく一九九五年のBGH判例⁽⁵³⁾は、統合失調症に基づく性的脅迫が問題となった事案において、「統合失調症の急性期シュープには、その者は一般的に規範適合的な動機を持つことを妨げられている」とした上で責任無能力が排斥できないとしている⁽⁵⁴⁾。

(2) その他の場合について (②)

(1) 以外の場合については、統合失調症が弁識能力及び制御能力にどのように影響を与えたかの具体的説明が必要となるとされている。この点を判断したBGHは、「認定された精神障害が各々の犯行遂行時において具体的犯行状況下で被告人の行為の可能性に対してどのように作用したか」が重要である旨を摘示しているが⁽⁵⁵⁾、これが如何なる内実を示しているかは必ずしも明らかではない。

この点、統合失調感情障害 (ICD-10 F23.0) に関する事案ではあるが、比較的容易に責任無能力が認められることをうかがわせるBGH判例がある⁽⁵⁶⁾。これは二〇〇六年に出された判例であるが、統合失調感情障害の下で身体傷害等に及んだ被告人に対して、責任無能力ゆえ無罪を言い渡し、精神病院収容命令を出した地裁判決をBGHは維持した。この中でBGHは、以下のように主として行為者の外見や病歴等に着目し、責任無能力を認めている。

「この、少なくとも中度に顕在化した精神病に基づいて、被告人は、二〇〇二年一月一日〔犯行日〕に、不法を弁別する能力またはその弁別にしたがって行為する能力を有していなかった。被告人が目まぎろつとして獣のようなうめき声をあげていたという、混乱し正気ではない外見 (wirren und sinnlosen Äußerungen) からも明らか

なように、被告人の精神病は直接的に (unmittelbar) その犯行の振舞いに影響していた。以上の検討に基づけば、本法廷としては、本件の事情の下では、特に判決で認定されている一九九一年の精神病の初めての発作からの被告人の振舞い全体に鑑みれば、鑑定人及び地裁が判断したように被告人は犯行時点において弁別能力も制御能力も喪失していたことには疑いが無い。」

BGHは他の判例においても、統合失調症罹患者による犯罪について、それが「犯行を惹起するような意味を持っていたかどうか (ob sie von tatkausalser Bedeutung war)」を審査する必要があると述べているところであり、⁽⁶⁷⁾こうした判断に鑑みると、精神病の犯行への直接的影響が認められれば責任無能力が認められる可能性が高いということが出来るだろう。

第二項 妄想性障害等

前節で見たように、妄想表象は第一グループに属することもあれば第四グループに属するところ、⁽⁶⁸⁾統合失調症以外にも、例えば妄想性障害は第一グループに属するとされることもある。第一グループに属するとされた妄想性障害においては、「妄想によって決定されている状況においては (in Situationen, die durch den Wahn bestimmt sind)、妄想性障害罹患者にはその他の行為の選択肢を実践的には自由に用いることができない (Handlungsalternativen praktisch nicht zur Verfügung stehen)」というフレーズが度々述べられている。⁽⁶⁹⁾

また、妄想症状を伴う「幻覚妄想性の精神病」と診断された被告人について、精神病による妄想表象が認められれば、それだけで、責任能力の喪失、少なくともその著しい阻害が認められる蓋然性が認められるとするBGH判例も⁽⁶⁰⁾存在する。

以上に対して、前節で見た嫉妬妄想の判例では、⁽⁶¹⁾第一グループに嫉妬妄想が属するとした地裁判決に疑義を示した

BGHは、犯行が嫉妬妄想に動機づけられたものであるとする地裁の見解からだけでは、制御能力の完全な喪失を認めることができるほどの重大な侵害に至るものであったかどうか明らかではないとしている。

第三項 双極性障害・うつ病等

うつ病・双極性障害については、精神病であるか否かであるかについての差異は、前項までのようには明確でない。そもそも精神医学上、うつ病・双極性障害については、現在の操作的診断基準においては内因性等の病因論は棚上げされる傾向にあるとされる⁽⁶²⁾。また、BGH判例が述べるように、うつフェーズと躁フェーズの現れる「双極性障害においては、顕在化と重さの程度について広範な変動幅が存在する」という特殊性が存在することから、双極性障害が認められたとしても、その犯行時点における重さの程度は一義的ではない。

そのためか、双極性障害・うつ病に関する責任能力判断においては、精神病に基づくか否かという判断と、その障害が重いか否かという判断とが混在しているように思われる。例えば、二〇〇一年のBGH判例⁽⁶⁴⁾では、双極性感情障害 (bipolare affektive Störung) の罹患が疑われる被告人が恐喝罪の罪責に問われていたところ、地裁が制御能力の著しい減退のみを認めたのに対して、BGHは制御無能力だったことも完全に排斥できないとした。その判断の中でBGHは、「まさに問題となっている感情障害は精神病 (Psychose) なのである」と強調した上で、「中程度の躁病やうつ病において、動機及び振舞いが感情障害に帰せられる場合には意思形成 (Willensbildung) を喪失し得る。それゆえ重度の躁 (又はうつ) エピソードにおいて制御能力の喪失が念頭をよぎらないと言うことは少なくともない」と述べている。

他方で、第四グループに該当する「重度の反応性うつ病」に基づく拡大自殺による自らの子の故殺が問題となった事例について、BGHは「重度の反応性うつ病が、その情動の状態と相まって、制御能力の喪失に至り得た」可能性

を指摘しているが、反応性うつ病のみで責任無能力を認める趣旨かは明らかではない。⁽⁶⁶⁾さらに、第四グループ該当性が問題となっている適応障害（ICD-10 F43.2）について、B GHは、例えば、当該事案で問題となった遷延性抑うつ反応（F43.21）に「軽症抑うつ状態（leichter depressiver Zustand）」と説明がついている点に着目して、「そのような『軽症抑うつ状態』として評価される状態が刑法二〇条の入口要件の一つに該当しうるということは考え難い」と度々述べている。⁽⁶⁷⁾

このように見ると、以上の判例では、第一グループに該当する双極性障害については、その重さにも着目しながらの判断ではあるが、精神病であることが強調され免責が認められているのに対して、反応性うつ病・適応障害については、第四グループに該当するためにも一定の重みが必要となるのに加え、そのみによって免責が認められるか定かではないと評価することができるだろう。

第四項 小括

以上の検討からすれば、内因性精神病については、とりわけ第四グループと比べて、比較的広範に責任無能力が認められているように思われる。例えば、第一グループに該当する統合失調感情障害については、その精神病が直接的に犯行に影響していることをもって責任無能力が認められ、双極性障害についても、（その重さにも着目しながらの判断ではあるが）精神病であることが強調され責任無能力が認められていたし、精神病による妄想表象が認められれば、それだけで、責任能力の喪失、少なくともその著しい阻害が認められるとされていた。こうした広範さは、類似的、しかし精神病ではない第四グループの諸障害（例えば反応性うつ病や適応障害、或いは第四グループの妄想）と対比すると、なお一層明瞭であるように思われる。

第二款 人格及び行動の障害

第四グループ該当性が問題となる人格及び行動の障害においても、刑法六三条（精神病院收容命令）が問題となることもあるが、二一条該当性のみを認め免責をしないものも多く存在し、前款とは異なり二一条該当性が正面から問題となる事例が多く存在している。本項では、人格障害と行動異常（特に性的逸脱）について見ることとしたい。

第一項 人格障害

1 全体の傾向

人格障害に関する責任能力判断については、以下のような傾向が存在するように思われる。⁽⁶⁸⁾

①人格障害は第四グループに含まれ得、人格障害が存在することは責任能力のわずかでは無い障害が存在することを示している。

②しかし全ての人格障害が第四グループに含まれるのではなく、「人格障害が、病的な精神障害と比較して、全体として同じくらい重大に、そして類似の―そして社会的な―結果をもって、当該行為者の生活を阻害し、苦しみ、そして窮屈にしているような症状を示している」場合にのみ、第四グループに含まれる（以下、便宜上、この基準を「生活阻害基準」という）。この判断にとって決定的なのは、「当該犯罪以外の日常において、職業的、そして社会的な行為能力の制限にまで至っていたかどうか」である。

③人格障害が第四グループに該当する場合、限定責任能力を認めるのが通常であり、認めないならば詳細な理由付けが必要になる。そしてここでは、ほかの犯罪者には存在しないような激しい動機の圧迫に晒されていたかが重要になる。もっとも、以上に対して責任無能力が認められるのは稀な例外にすぎない。

2 具体例

(1) 人格障害の存在の意義について①

人格障害という医学的判断が存在しない場合、責任能力判断は排斥され得るため、人格障害にはその不存在に意義が認められていることについては前節に見た。⁽⁶⁹⁾しかし逆に、人格障害が存在するという医学的判断にも一定の意義が認められている。⁽⁷⁰⁾

例としては、ICD-9の時代における「社会病質人格」(Z:30.7)⁽⁷¹⁾が問題となった一九九二年のBGH判例が挙げられる。⁽⁷²⁾ここでは、一二件の身体傷害等が問題となった事案について、地裁判決は完全責任能力を認めたのだが、BGHは限定責任能力が認められる可能性を示唆してこれを破棄した。その中においてBGHは以下のように述べている。

「もっとも確かに、アメリカにおいて用いられているDSM-III-Rやヨーロッパで用いられているICD-9のような精神医学の分類体系は、責任能力の観点の下での法的評価にとって何の拘束力も持たない。しかしながら、客観的な定義基準の発展へと向けて努力された標準化は、この点について無意味なものではない。二分類とも人格障害の定義を含んでおり、それは内容的にも構造的にも、Kurt Schneiderの伝統的な精神病質の定義と広範囲にわたって一致している。ICD-9は、深く根付いた逸脱行為と異常性が、その者や他者を持続的に悩ませ個人や社会に不利な結果をもたらすような人間を指している。それゆえ、本件で一名の鑑定人が行ったように、メルクマールカタログに従ってICDにおいて定義されている人格障害に鑑定が分類されたことは、原則として、わずかではない阻害が存在していることを示している。こうした状況の下で事実審裁判官は、特に入念に、個別に説明されなければならない全体的考察の下で個別事例での精神障害の重大さがどれほどであるかについて審査する義務を持つ。」そして、「このこ

とは ICD-9 Nr.301.7 の下で記述されている、社会病質人格障害にも基本的に妥当する。」

このように、医学的基準に従った人格障害の判断が存在する場合には、責任能力のわずかではない阻害が存在することが示され、責任能力判断についての入念な審査義務が認められることになる。⁽⁷³⁾

(2) 人格障害が第四グループに該当する要件 (②)

しかし、こうした人格障害の存在の意義には重大な限定がかかっている。すなわち、精神病と比較しながらその者の生活を同様に阻害すると言えるものでなければ、第四グループにいう「その他の『重大な』精神障害」には該当しないという重要な限定がかかっているのである。⁽⁷⁴⁾

こうした観点から第四グループ該当性を否定したものとして、例えば二〇〇四年の BGH 判例がある。⁽⁷⁵⁾ これは別話のもつれから、相手方の女性を撃ち殺そうとし、さらに止めに入ろうとした第三者をも撃ち殺そうとしたという謀殺未遂・故殺未遂が問題となった事案である。かかる事案において、被告人に自己愛性・演技性の人格障害が認められたところ、限定責任能力による減軽を地裁が行ったのに対して、BGH は以下のような指摘を行った（文献等引用略）。

「人格障害の診断は、刑法二〇、二一条の意味においてそれが「重大」であるかどうかについて何も述べるものではない。ここで決定的なのは (maßgebend)、当該犯罪以外の日常において、職業的、そして社会的な行為能力の制限にまで至っていたかどうかということである。この点について本件ではなんの明白な根拠もない。犯行時点で五三歳の被告人は、秩序立った関係を築き、ほとんど例外なく、自動車組立工あるいは飲食店営業にて職業に従事していた。犯行前には彼は新しい住居の面倒を見るのに成功して『ポジティブになり』『元気になっていた』。その前科、つまり、自動車事故、民事手続における検察への中傷・詐欺のための罰金刑も、重大な人格障害を示唆しない。」

以上に対して、生活阻害基準の観点から第四グループ該当性を認めた判例として、反社会性人格障害が問題となった二〇〇七年のB G H判例がある。⁽⁷⁶⁾これは、寮内で暴行事件を起こしたためにホームレスの寮から立ち退かねばならなくなった被告人が、器物損壊を行い、また多くの人間に対する復讐計画として旅行会社・デパートにて放火を行ったという事件であるが、B G Hは、完全責任能力を認めた地裁判決を維持できないとした。その中でB G Hは、生活阻害基準を提示した上で、地裁が被告人に相応の生活の阻害があったことを詳しい理由付けなしに否定していることについて、以下の点を指摘しながら、法的瑕疵があると述べている。

まず、被告人の経歴からは、健全な社会的関係により特徴付けられるような生活領域は見取れない。すなわち、「その子供時代から慢性的な足の筋炎に罹患していた被告人は、その障害のために親から拒絶されその幼年時代のほとんどを施設で過ごしていた。」「その世間離れた立場から彼はすでに若い頃から、職業を習得しようとせず、一九八二年から社会保障に頼って生きてきた。彼は勤務したことがなかった。」「彼には全く友人や親密なパートナーが一度もいなかった。」「一年ほど前から、ホームレスのための一時的な寮に住んでおり、そこから彼は暴力的攻撃により立ち去らなければならなかった。」さらに、とりわけ、犯行の復讐活動としての性格や、逮捕後「自分にしてきた不正を清算してやる」等と言っていること等も考慮する必要がある、と。

以上の判例の動向に鑑みるに、⁽⁷⁷⁾人格障害が第四グループに該当するか否かについては、その犯行への現れ方も重要ではあるものの、その人格障害がどれほど、当該犯罪以外の被告人の日常・生涯に影響を与えてきたかが重視されているということができるだろう。⁽⁷⁸⁾(1)で見た一九九二年のB G H判例も、社会病質人格を第四グループに入れると反社会的振舞いが幅広く責任能力の問題に含まれてしまうのではないかとの危惧に対して、「しかしながら、この人格障害においても、青少年期の早期の段階に至るまでにつき、どれほど前まで社会的紛争への傾向が辿ることができる

のかということ、そして行動異常が犯罪行為以外においても認定できるかどうかということについて審査することによって『通常の犯罪者』と区別することは可能である。」と述べており、当該犯罪以外の被告人の日常・生涯への影響に焦点が当てられていると言える。⁽⁷⁹⁾

このように、入口要件該当性の段階で責任能力判断に重大な限定がかけられている現状について、コンメンタールでは、判例においては減免という「法律により与えられた可能性が、本来の精神病との類推によって、制限されていることは明らかである」とも評されている。⁽⁸⁰⁾

(3) 人格障害が第四グループに該当する場合の帰結 (③)

以上のように、専ら医学的に認定された人格障害について、被告人の日常への障害の影響が決定的要素となって認められた第四グループ該当性は、責任能力判断にとって重要な帰結を持ちうることになる。

(a) 限定責任能力について

まず、第四グループ該当性が認められると、限定責任能力を認めるのが通常であるとされている。このことが明確に述べられたものとしては、例えば二〇〇一年のBGHの判例がある。⁽⁸¹⁾これは、資産がなく栄養失調で住居が強制明渡しの対象となっている四三歳の被告人が、その自己愛性人格障害のために、自分は役所の横暴の被害者であり、自分の社会的没落の責任は特に自分を担当する福祉事務所の担当官にあると考えて、復讐のためにその担当官に対して強盜的恐喝を行ったところ、要求を無視されたため、新たな犯行決意に基づき担当官に発砲した(故殺未遂)という事件である。地裁は第四グループ該当性を認めながらも完全責任能力を認めたが、BGHはこれを破棄した。BGHは、第四グループ該当性が認められる場合は「刑法二一条の要求する責任能力の著しい減退が認められるのが通常である(naheliegen)」⁽⁸²⁾このことは、精神障害と当該事件(Tatgeschehen)との動機上の関連性が存在する場合には

少なくとも妥当する」と述べた上で、以下のように述べた。

「判決で詳細に説明されているような、被告人の数多の振舞いの以上を示す前歴や、認定されている被告人の精神障害が明白に当該事件にも現れていることにも鑑みれば、地裁は、『その他の重大な精神的偏倚』を認めながらも制御能力の著しい阻害は存在しなかったという見解を述べるならば、詳細に説明しなければならない。」と。

もっとも、如何なる場合に、第四グループ該当性が認められるにもかかわらず詳細に説明することで、例外的に完全責任能力を認めることが可能となるのかは定かではない。この点、この判例は、続けて「ここで特に第一に審査されなければならないのは、問題となっている時点において被告人がその人格障害のみにより、他の比較可能な状況において他の犯罪者には存在しないような、犯行に至るような激しい動機の圧迫にさらされていたかどうか、そしてそれにより規範適合的に振る舞う能力が明白に減退していたかどうかである」と述べた上で、計画性・行為の合目的性等があったとしても「特定の行為への衝動と抑制の表象とを相互に慎重に考慮しそれによって意思決定を形成する能力は著しく阻害されうる」と述べている⁽⁸²⁾。

このような判断は、衝動の強さや、衝動と抑制の関係性を問題とするものであり、まさに「意思力と犯罪衝動の力関係」を取り上げるものであると評価することができるだろう。ここでは、既に限定的に第四グループ該当性の判断を充足している人格障害について、限定責任能力を認めるか、例外的に完全責任能力を認めるかの判断として、右のような力関係が問題とされているということができよう⁽⁸³⁾。

(b) 責任無能力について

以上に対して、第四グループ該当性が認められる人格障害であっても、責任無能力ゆえに完全な免責にいたることは稀な例外にすぎないとされる。例えば、二〇〇二年のBGH判例⁽⁸⁴⁾は、人格障害が存在する被告人について完全責任

能力を認めて謀殺罪で終身刑とした地裁判決を、その責任能力判断を理由に破棄するにあたって、その判断を以下のように締めくくっている。

「しかしこうした法的瑕疵は謀殺に基づく有罪判決には影響しない。『その他の重大な精神的偏倚』に分類される状態について、責任無能力それゆえ完全な免責が認められるのは、稀な例外的な場合にすぎない。かかる例外的な場合には本件は明らかに妥当しない」⁽⁸⁵⁾

下級審においては、このような免責の余地は「単に学説上は完全には排斥され得ない、それゆえ単に理論上存在する可能性」であるとも評されており、何れにせよ免責は通常考えられないと言えるだろう。⁽⁸⁶⁾

第二項 行動異常・性的逸脱について

次に、行動異常についての判断について見ることとしたい。行動異常には、放火癖・窃盗癖や、性倒錯・小児性愛等、衝動の強さや性質が問題となるものが多いところ、ドイツで頻繁に問題となっているのは、性的逸脱に関する事案である。⁽⁸⁷⁾ すなわち、例えば小児性愛者が性的虐待等を行っていた際に、それがICD-10・DSM-Vでも精神障害として認められている小児性愛（ペドフィリア）に基づいていることを理由に責任無能力・限定責任能力が認められないか、といった点が問題になっているのである。ここでは、この性的逸脱に関する現在の判例の動向を概観しておきたい。

1 全体の傾向

管見の限り、BGHSt 14,30以降、判例の判断には一定の変遷がみられるように思われ、⁽⁸⁸⁾ また必ずしも安定していないようにも思われるが、⁽⁸⁹⁾ 現在、二〇、二二条が直接的に問題となる判例においては以下のような判断が見受けられるところである。⁽⁹⁰⁾

①ペドフィリア等の全ての性的逸脱が容易く第四グループと同一視される訳ではない。

②もっとも、その逸脱した性的な振舞い方が、減少した満足感、増大する頻度、巧みさの減少、当該方法へと考えが狭まっていくことによって、習慣化した振舞いの型になっている場合には、第四グループ該当性を認め、それにより制御能力の著しい阻害を認めることを基礎付け得る（以下、便宜上、この基準を「型基準」と呼称する）。

③第四グループ該当性が認められた場合、それにより認定された障害の重大性のために刑法二一条にいう制御能力の著しい阻害も存在するのが通常である。

2 具体例

こうした判断の傾向は本節1で見た人格障害の判断の傾向のうち、①③を維持し、②について型基準を採用したものであると整理できよう。判例の中には生活阻害基準と型基準とを並列的に並べるものもあるため、両者の関係は必ずしも明らかではないが、ここでは型基準がどのように提示されどのように判断されているのかに絞り紹介するにとどめたい。⁽⁹²⁾

例えば二〇一〇年のBGH判例⁽⁹³⁾は、二件の強姦や性的脅迫等について完全責任能力を認めた地裁判決を破棄したもののだが、その判断において以下のように型基準を提示した。

「BGH判例を基にすれば、全ての逸脱がたやすく刑法二一〇、二二条の意味における『その他の重大な精神的偏倚』と同一視されるわけではない。もっとも、その逸脱した性的な振舞い方が、減少した満足感・増大する頻度・巧みさの減少・当該方法へと考えが狭まっていくことによって、習慣化した振舞いの型になっている場合には、制御能力は阻害されうる。」

その上で、同判例は、以下の要素を挙げながら、「本件では、被告人には、刑法二〇条の意味における『その他の

重大な精神的偏倚』の入口要件を充足するような、平均を超える欲動異常を示す徴表が存在する」としている。すなわち、被告人は九件の類似する全く知らない女性に対する性的暴行犯罪について罪に問われていること、既に類似犯罪により二年の少年刑・二年八月の自由刑に処されていること、一日の時間のうちほとんどを盗撮に使用していること等をである。

また別の例として、一四〇件を超える子供に対する性的虐待や児童ポルノの公開・所持等が問題となった二〇一五年のBGH判例⁽⁹⁴⁾も、型基準を提示した上で、被告人の思考が子供との性的行為へと狭まっていることや、近年は妻とはもはや性的な接触がなく多くの非常に若年の子供と性的行為に至っていたということ等を挙げて、限定責任能力の可能性を示唆している。

型基準は二一条が直接問題となった事案でも六三条が直接問題となった事案でも広く用いられている⁽⁹⁵⁾が、ここではそこに至るまでの前科前歴や日常の振舞い等に焦点を当てながら、一回一回の行為による満足感が減ったり頻度が増大したり、或いは犯行へと考えが狭まったり、個々の犯行の実施方法が稚拙にさえなったりする中で、習慣的に衝動への抵抗がどれほど弱まっているのかが判断されていることができるだろう。ここでは、こうした満足感や頻度等にも焦点を当てながら、どれほど抵抗力ないし意思力が弱っているかが検討されており、ここではまさに「意思」と犯罪衝動の力関係」が問題となっていると評価することができるだろう。この点を問題にすることによって、限定責任能力が認められる（任意的減輕の対象となる）のが通常である場合と、入口要件が認められず完全責任能力となる場合とが分けられているといえよう。

第三項 小括・検討

本款で見た、人格及び行動の障害に関する判例においては、「意思力と犯罪衝動の力関係」を問題としてしていると評

価できる観点が間々見受けられた。前款に見た内因性精神病では、精神病であることやその症状の重さ、犯行との関連性が着目されていたのに対して、例えば性的逸脱等については、第四グループ該当性の判断にあたって、人格障害については、生活障害基準に着目して第四グループ該当性が認められた人格障害につき、限定責任能力を認めるか完全責任能力を認めるかの判断にあたつて、どれほど激しい動機の圧迫だったか、どれほど抵抗力が弱っているか等に着目した判断が行われていた。かかる点は、「意思力と犯罪衝動の力関係」は、第四グループに該当し得る人格及び行動の障害の判断にあたつては正面から問題となる一方で、精神病が問題となる第一グループの判断にあたつては、少なくとも本款で見た諸判例ほどには問題とされていないかつと評価することができるよう思われる。

本款で見た諸判例からは、人格障害や性的逸脱等について現実に限定責任能力が認められていることが確認された。ドイツの限定責任能力は任意的減輕であるという相違はあるものの、第一章で確認したように、限定責任能力においては責任内容が基本的に減退するものであると考えられていること、⁽⁹⁶⁾また我が国では、とりわけ小児性愛について裁判例上一般的には責任能力の問題として捉えられていないことからすれば、⁽⁹⁷⁾かような「意思力と犯罪衝動の力関係」による判断が、我が国で妥当と考えられている責任能力の範囲よりも広く、少なくとも減輕の余地を認める可能性のあるものであるということが示されているように思われる。

もっとも、かような判断によつても、容易く限定責任能力が認められていたわけではなく、さらに責任無能力となる場合は極めて例外的であると考えられていたことには注意を要しよう。例えば性的逸脱等については、習慣化した振舞いの型になるほどに抵抗が弱まつていて初めて、限定責任能力が認めるのが通常である第四グループ該当性が認められていたし、人格障害に至つては、そもそも医学的に人格障害として認められ、そして前科や職歴等、当該犯罪以外の日常生活への障害の影響の重大さが認められた上で、右の「意思力と犯罪衝動の力関係」による判断による例

外的否定がない場合に初めて、限定責任能力が認められていたのであった。さらに、人格障害についての免責の余地は「単に学説上は完全には排斥され得ない、それゆえ単に理論上存在する可能性」であると評する裁判例も存在しており、とりわけ人格障害については、それだけでは免責の余地はほばないものと考えられているといえるだろう。

第三款 情動

それでは最後に、第二グループの実務上の主たる適用事例とされる情動について概観しておきたい。

情動 (Affekt) という言葉自体は心理学・精神医学等様々な分野で用いられる単語であるが、法学の責任能力の領域においてはドイツで一般的に、情動は不特定で説得力ある定義には成功していないと評されているものの、説明としては例えば、情動とは極度の興奮であるとか、激怒・憎悪・嫉妬・不安であるとか言われている。すなわち、ここでは、前々款や前款とは異なり精神障害を有さない健康者が、極度の興奮に陥り犯罪を行った場合や、不安・恐怖体験の下で犯罪を行った場合に、このことが減免を基礎付けるかが責任能力の文脈において問題とされているのである。こうした情動の内容からすれば、意思力と犯罪衝動の力関係という意味での制御能力がここでもやはり正面から問題になるように思われるし、さらに持続的な精神障害等が存在しない場合には精神病院収容命令の要件を通常満たさないはずであるから、よりシビアに制御能力が問題になるはずである。

他方で、故意の殺人には通常存在するような情動による免責を認めると、免責の可能性が広範に拡張してしまう恐れが存在する。⁽¹⁰⁷⁾ そのため、判例は特殊な限定をかけながら減免の可能性を限定することで柔軟な解決を志向している。本款では、この判例の判断の傾向をまずは簡単に概観する。そして、責任能力の中でも情動については刑法学説が他に比して雄弁となる領域であるため、判例の整理・判例への応答という観点から、学説の提示する視点について概観

することにしたい。

第一項 判例の判断について

1 全体の傾向

判例の判断を概観すると以下のような傾向があるといえる。⁽¹⁰⁸⁾

①通常心理的な (normalpsychologisch) 情動も責任無能力・限定責任能力を基礎付け得る。
②もっとも、責任能力の喪失・減退があっても、その情動の発生が有責的であれば、減免は認められない。かかる事前有責性が認められるのは、その具体的状況下で情動の形成を阻止することができ、且つ、情動の勃発による帰結が予見可能であった場合のみである。

③さらに、かかる事前有責性が認められない場合でも、免責は限定的である。

2 具体例

(1) 通常心理的な情動による免責の可能性の是認 (①)

通常心理的な情動であっても免責の可能性があることは戦後の判例において常に認められてきたところであるが、リーディングケースたる一九五七年のBGH判例 (BGHSt 11, 20) ⁽¹⁰⁹⁾ は、旧法51条の「意識障害」⁽¹¹⁰⁾ には、精神病に罹患しておらず脱落症状を伴うものでなくとも、極度の興奮下で行った行為者も該当しうる旨を認めた上で、当該事案につき責任無能力による無罪を認めた。

この判例については既に紹介が複数存在するが、事案は、被告人の妻が被告人の意思に反して離婚したいと思っており、しばしば口論が遅くまで続いていたために、被告人は既に完全に疲れ切っていたところ、犯行当日、暴力を伴う激しい口論の後に、被告人が妻をナイフで数回刺し殺害したというものである。BGHは、随伴現象なしに完全に

自我明識及び自制を失う状態に陥る例外的な場合が、極めて稀にはあるが何度も存在することは、生活経験上否定できないとし、医学的にも、結果について批判的に慎重に熟慮する能力を完全に喪失し短絡的行動に至るような動揺や障害が問題となりうることは認められているとして、病的な基盤のあるものや脱落症状に随伴するもの（睡眠酩酊や中毒）以外にも免責の余地を認めた。そして、その事案については、身体的疲労やアルコールの作用がある他、記憶喪失もあること、また、怒りが消え失せ同情の感情が湧き上がった際に亡くなった妻の身体を持ち上げ口づけをしたという認定から明らかなように、極度に高められた怒りの爆発であること等を指摘し、さらに(2)に見る事前有責任も否定した上で、責任無能力を認めたのであった。

さらに一九九六年においても、酩酊との相互作用に基づくものではあるが、責任無能力による無罪判決を維持したBGH判例⁽¹²⁾もある。これは、それまでも妻と口論や争いになったことのある被告人が、ビールを摂取後帰宅すると、妻と友人の会話から、被告人の長い間知らなかった男と妻が幸せな関係にあることを聞き、「怒りのあまり青ざめ」部屋に押し入り、妻や友人の抵抗も虚しく妻を絞殺したという事案である。BGHは、「判例においては、刑法二〇条の意味における根深い意識障害は、稀な場合ではあるものの、精神的又は心的な持続的損傷なく専らその高度の興奮のために自己意識と自制とを失ってしまう状態に陥る場合に認められる。ここにおいては、情動と酩酊の影響による共同作用による完全な免責も考慮されうる」とした上で、被告人に責任のない疲労の存在・被害者が親密で重要な者であること・類似の行為にこれまで出たことがないこと・犯行道具を特に用いずまた確実性も確保せずに第三者の面前で犯行に及んでいること・婚姻を守りたいという本来の願望と相反すること・犯行後のショック・酩酊による情動の促進等を摘示して責任無能力を認め、そして後述する事前有責任⁽²⁾も否定して、無罪判決を維持した。

このように情動に基づく責任無能力は、一般論として肯定されるとともに、現に具体的事案との関係でも認められ

ている⁽¹³⁾。そして、高度の興奮や自制の喪失といった観点が注目されているように、ここでも「意思力と犯罪衝動の力関係」に焦点が当てられているといえよう。しかし、ここで見た事案においてはいずれもアルコールの影響が存在したように、(一般論はともかく) 具体的判断として情動のみにより免責が認められるかは定かではない。そして、これらのBGH判例も示唆するところではあるが、情動に基づく責任無能力は例外的な場合にのみ認められるとされているのである。以下では、まず主たる限定として機能している事前有責任性について取り上げた上で、それに必ずしも解消されない視点が判例上存在していることについて最後に指摘したい。

(2) 事前有責任性による限定 (2)

まず、右のような力関係により責任無能力・限定責任能力が認められたとしても、被告人に事前有責任性が認められれば減免は否定される。かかる事前有責任性は、かつては被告人の普段の性格等に鑑みて判断される傾向にあったが、⁽¹⁴⁾現在では「事前有責任性の審査は、犯行に至るような情動の生成に制限されている」と明示的に述べられるに至っている⁽¹⁵⁾。この点の判例を整理したのは一九八七年のBGH判例であるが、これは二〇〇八年のBGH判例⁽¹⁶⁾において以下のように端的にまとめられている(文献引用等略)。

「一九八七年のBGH判例」によれば、制御能力を著しく減退させる情動が有責的であったということを理由に刑の減輕を拒否することは、行為者が具体的状況下において情動の形成を阻止することができ、且つ情動の突発による結果が行為者にとって予見可能であった場合にのみ、法的に瑕疵を有さない。しかし、このようなことを認めるためには、行為者が犯行前に、何らかの方法で犯行に寄与するような非難可能な逸脱行為をさえていれば足りるわけではない。むしろ責任非難は、行為者が、根深い意識障害に至るような情動を、その発生段階において、行為者にとって可能だった予防措置によって回避しなかった点に求められるのであり、ここにおいて、事前有責任性の審査は、犯行に

至るような情動の生成に制限されているのである。予見可能性の問題においては、行為者のかつての態度は、それがその規模と強度において、行為者に対してここで非難されている犯罪行為に匹敵する場合にのみ援用されうる」と。⁽¹¹⁸⁾

かかる内実を有する事前有責性の判断としては、例えば(1)で見た一九九六年のBGH判例では、一九八七年のBGH判例の提示する基準について、地裁は「情動の状態は、突然の、被告人によって引き起こされた訳でもなく、被告人によって支配可能でもなかった事件、すなわちA.P.〔筆者注：被害者〕とC.G.〔筆者注：被害者の友人〕の話し合いを聞いてしまったことにより惹起されたものである」と正当にも説明することにより、法的瑕疵なく否定している」として、事前有責性を否定している。

(3) 更なる限定・免責の例外性(③)

この一九九六年のBGH判例の判断を見ると、事前有責性の限定は未だ緩やかなものであり、情動による免責が多く認められるかのような印象を受ける。しかし、前述のように判例上は「情動に基づく責任無能力は例外的な場合のみ認められる」と繰り返し述べられており、事前有責性に解消されない免責についての限定が存在するのである。

この点を示すものとして一九九七年のBGH判例⁽¹¹⁹⁾を見てみたい。事案としては、被告人が、妹の住まいを尋ねたところ、自分と仲の悪い家主Pが玄関ホールの漆喰塗りに従事しているのに気づいたので、住まいを去る際に、Pに忍び足で近寄り、鋼の鎖で頭部めがけて殴ろうとした(第一行為)が、鎖が手から滑り落ちて失敗し、その失敗により高度の興奮に陥りナイフで胸部を激しく刺した(第二行為、故殺未遂)という事案である。地裁は、第一行為については酩酊による限定責任能力を認めたが、第二行為については、制御能力の喪失を認めた上で、前述した事前有責性⁽¹²⁰⁾(②)を肯定して、故殺未遂でも有罪とした。

これに対してBGHは、発生段階において情動を可能な予防措置により回避しなかった点に責任非難が存在し、そ

の予見可能性の問題においては行為者のかつての態度が当該犯罪行為に匹敵するものかどうかが重要となると、(2)に見た事前有責性の審査基準を提示した上で、被告人は前もって暴力的になろうとはしていなかったことや、前科前歴等は性質と程度において故殺未遂に匹敵しないことを挙げて、予見可能性の観点からの事前有責性は否定されと判断し、これを破棄した。しかし、BGHはこれに続けて、以下のように述べた(文献引用等略)。

「新たな事実審裁判官は、高度の情動に基づく責任無能力は例外的な場合にのみ認められるということに気をつけなければならない。高度の情動に基づく根深い意識障害は、病的な人格障害を基礎にしながら実現した場合であっても、責任無能力は容易くは認められないし、責任無能力を必ず認めなければならないわけではない。行為者が興奮の発生に対し非難可能な形で寄与した場合——本件では…被害者によって挑発されて生じたわけではない鎖を用いた攻撃——には、自己制御義務がより高く妥当する。ここで重要なのは規範的基準であって、もっぱら医学的基準だけが重要なのではない。事実審裁判官は、全体評価の枠内における固有の判断において、情動とともに、全ての状況的事情 (konstellativen Faktoren) を、被告人により犯行遂行前に服用していたクロメチアゾールのタブレットの効果にも気をつけながら、考慮しなければならない。」

この判示を、BGHが事前有責性判断の誤りを理由に地裁の判断を否定したとと整合的に読むならば、事前有責性は責任無能力・限定責任能力いずれをも否定する要件として機能しているが、それに加えて責任無能力については更に規範的観点から限定的に考えることにより、責任無能力たりうる事案をさらに限定していることができる⁽²⁰⁾だろう。

第二項 学説の提示する視点と判例の対応

ここでは、学説の提示する視点を挙げた上で、それに判例がどのような対応を見せているかを取り上げることによ

って、判例の立ち位置について明確化を試みたい。

1 虚弱性情動と強壮性情動について

コンメンタール等では、強壮性情動（激怒・憎悪等）では責任能力はほとんど問題とならず、虚弱性情動（錯乱・恐怖・驚愕）の場合にのみ問題となることが指摘されている。⁽¹²¹⁾確かに、虚弱性情動が問題となった二〇〇〇年のBGH判例⁽¹²²⁾では、虚弱性情動下での過剰防衛のみ免責を認める刑法三三条を引き合いに出しながら、「この効果についての議論は刑法二〇、二一条の意味における根深い意識障害の観点の下でもなされなければならない」としているし、前述した一九九六年のBGH判例⁽¹²³⁾も、強壮性情動のみではなく、あくまでも酩酊との相互作用により免責を認めたものだった。

もっとも、仮にこの点が正しかったとしても、故殺罪が成立する事案において、「その落ち度なく怒りに掻き立てられその場で行為を行った」場合には、刑法二二三条により「あまり重くない事案」として通常の事案よりも低い量刑が求められるため、殺人の場合については両者の差異について必ずしも強調することはできない。

2 情動による減免を限定する理論的基礎付け

事前有責性による限定の理論的根拠は、判例内在的には不明確であるものの、学説上は、刑法二〇、二一条は「犯罪遂行時」における能力のみを問題としているにもかかわらずかような限定をかけるのは責任主義違反であると批判した上で、これを原因において自由な行為の一形態と捉える見解が有力である。⁽¹²⁴⁾すなわち、情動は長時間持続する葛藤の帰結であり、発生・激化・爆発という段階を経過するので、未だ制御能力が維持されている段階において予防措置も取らなかった場合には責任が基礎付けられるとされている。⁽¹²⁵⁾もっとも、過失で惹起したものを故意犯では処罰できないとして、経験的・規範的評価の結果である責任能力の判断においては判例の事前有責性の限定も支持できると

するものもある。⁽¹²⁷⁾

この点をめぐっては、「原因において自由な行為」一般の議論も含めて膨大な議論が存在するが、判例は、こうした「主として責任原理に関する指摘により基礎付けられた批判が正当なものであるか否か」について未決定としている。⁽¹²⁸⁾

さらに判例が情動による免責を例外的にのみ認めていることについては、判例上情動による免責が認められるのは、紛争が被害者により惹起され感情の爆発がそれに帰責される場合のみであるという指摘がなされている。⁽¹²⁹⁾ もっとも、この、いわば被害者とのリスク分担に関する「見えざる手」が判例を指導してきたという指摘に対しては、それでは説明がつかない判例も存在するという内在的批判や法律上の規定とそぐわないという外在的批判が当てられている。⁽¹³¹⁾

第三項 小括

入口要件において医学的にそれが精神障害であるかどうかを考慮しないとすると、健康人が争いの中で激怒して犯行へ一心不乱に向かう場合のような、情動犯罪はまさに責任能力（特に制御能力）の問題として浮上することになり、現に責任能力の問題として判例上取り扱われている。しかしながら、判例は、理論上の位置付けが必ずしも明確でない事前有責性による外在的限定等を付することによって、ここにおいても減免の余地を限定しているのが現状である。もっとも、その限定の強さについては、免責は例外的である旨が幾度も述べられている一方で、減輕が問題となる場合に、事前有責性によりこれを否定できるかという点については、例えば被害者等の話し合いを聞いてしまったことにより情動が惹起された等の場合に認められるなど、比較的緩やかな限定に止まっているように思われる。そうすると、前款に見たような人格及び行動の障害と同様に、通常心理的な情動についても、我が国とは異なり、⁽¹³²⁾（免責については例外的ではあるものの）とりわけ限定責任能力を見据えた責任能力判断の対象とされていると評価することが

できるだろう。

第三章 総括的検討

第一節 獲得された知見

以上でドイツにおける責任能力判断に関する諸判例の概観を終える。ドイツでは、判例の拡張及び立法の追認により、精神病のみならず幅広い精神障害、そして医学的に精神障害でもない情動にまで責任能力の喪失・減退の可能性が認められ、そして現在に至るまでその可能性自体は認められてきている⁽¹³³⁾。しかしながら判例をより詳細に検討すると、実際には、その減免の認められやすさについて、精神障害・問題事象ごとに重大な違いが存在した。第一章第一節において確認した我が国の問題状況(①)(③)に照らして、本節での概観を振り返ると、ドイツの判例における責任能力判断については、それぞれの問題状況に対応して、以下の三点を指摘することができよう。

第一に、ドイツ判例は、全ての入口要件についてグラデーションなく減免の余地を認めるものではなかった。すなわち、内因性精神病(第一グループ)においては、とりわけ人格及び行動の障害(第四グループ)と比較して、幅広い免責の余地が認められている一方、人格及び行動の障害については、限定的にしか入口要件を満たさず(すなわち限定責任能力の対象ともならず)、さらに免責は例外的であると考えられており、かような減免の広狭については判例自身もこれを肯定していたのであった⁽¹³⁴⁾。このような状況は、判例の具体的判断を見ても首肯できるところであり、統合失調症等の内因性精神障害には幅広い免責が認められる一方で、人格及び行動の障害について免責されるのは例

外にすぎず、また情動については事前有責性による限定に加えて免責は例外的であるとの規範的判断が介在していた。⁽¹³⁵⁾ こうした判断の異なりは、妄想を巡る事例に顕著に現れているし、さらに例えば、統合失調感情障害が直接的に犯行に影響していれば責任無能力となるのに対して、医学的に人格障害と認められ且つ日常において精神病同様の障害を生活にもたらすような障害が、当該事件と動機上関連していても、通常認められるのは限定責任能力であることにも⁽¹³⁶⁾ 顕著に現れているように思われる。⁽¹⁴⁰⁾

第二に、一般的に判例における制御能力の判断であると引用されることもある、意思力と犯罪衝動の力関係を用いた判断方法は、主として人格や行動の障害、或いは情動において見受けられるものであったが、本稿で取り上げた範囲では内因性精神病においては特段見受けられなかった。すなわち、本稿で取り上げた判例においては、内因性精神病では、精神病であること、急性期にあることやその症状の重さ、犯行との関連性が着目されていた一方で、人格や行動の障害或いは情動で見受けられるような、興奮の高度さや抑制力の欠如等について明示的には判断対象とされていない⁽¹⁴¹⁾ なかったように思われる。

第三に、意思力と犯罪衝動の力関係を用いた判断が見受けられる人格や行動の障害及び情動については、これを用いることで、(限定的な場合ではあるが) 限定責任能力は肯定され、我が国で一般的に妥当と考えられている範囲より広い減輕の余地を認める一方で、免責については、時として特殊な限定をかけることによって稀な例外的な場合であると⁽¹⁴²⁾ 考えられていた。人格障害、性的逸脱及び情動について、本稿で取り上げた判例では、(アルコール等との相互作用がある判例を除いて) それのみによって免責を導いたものは存在しなかったが、判断の内実を追ってみても、例えば人格障害について免責は単に理論上存在する可能性とまで言う裁判例も存在していた⁽¹⁴³⁾ ほか、情動については事前有責性の限定に加えて規範的観点からも限定がかけられており、⁽¹⁴⁴⁾ いずれにせよ免責は極めて例外的な場合であると

考えられていたことが看取されよう。また、限定責任能力については、我が国と比べれば広い範囲に認められていたものの、例えば性的逸脱については、習慣化した振舞いの型になるほどに抵抗が弱まって初めて限定責任能力が問題となり得た⁽¹⁴⁷⁾、人格障害については、それが医学的に人格障害であることに加えて、職業等の当該犯罪以外の日常生活において精神病同様の障害を被告人の生活にもたらしていることが必要であるという重要な限定がかかっていた⁽¹⁴⁸⁾。

以上のように、本稿で確認したドイツの判例に見受けられる責任能力判断は、一部の学説が主張するように制御能力のみに焦点を当てて、同要件を厳格に判断するというよりも、学説上一般には独自の意義が認められていなかった入口要件について積極的に活用しながら、様々な精神障害・問題事象に合わせた柔軟な解決を志向しているものと評価することができよう。そして、その判断の内実としては、本稿で検討した判例の限りではあるが、ドイツ判例においては、とりわけ免責の中心的事例と考えられる精神病については必ずしも意思力と犯罪衝動の力関係の判断方法は積極的に活用されず、他方で同判断方法が活用される事例においては、我が国で一般的に想定される範囲よりも広い減輕を認めながら、しかし特殊な方法で減免に限定がかかっていたと評価することができる。かかる立場は、とりわけ内因性精神病を中心とした生物学的要素について重視しつつも、人格や行動の障害或いは情動についても（免責の可能性は例外的であるが）一定程度減免の余地を認める立場であるといえよう。

第二節 残された問題

以上の判例の判断は、とりわけ一定の生物学的要素を重視する点において、「思いとどまる能力」を決定的な観点とするはずの我が国の通説的理解と必ずしも一致するものではないようにも思われる。この点、我が国の通説的理解に立つ論者は、一定の生物学的要素から「思いとどまる能力」が推定されると考えたり、或いは一定の生物学的要素

が存在する場合には「制御主体」がそもそも存在しないと考えたりすることで、(通説の論者曰く)「補助線」を引き、何らかの形で実践的には生物学的要素を重視し得ないか、議論を模索しているように思われる。⁽¹⁹⁾ 他方、通説的理解の志向する実践的範囲を見ると、我が国の判例実務に対して、ドイツ判例のように、より幅広い減免の余地を認めるように主張するものもある一方で、必ずしもドイツ判例のような範囲を是認せず、我が国の判例実務の実践を是認しうとするものも存在している。⁽²⁰⁾

通説の試みるような理論的修正は可能であろうか、或いは通説的理解について何らかの根本的な視座の変更が必要になるのだろうか。また、現在の我が国の実践的判断について、理論的観点から大幅な修正を図るべきことになるのであろうか。かような理論的観点からの責任能力の検討については、別稿において行うこととしたい。⁽²¹⁾

【注】

(1) 判例として大判昭和六年二月三日刑集一〇卷六八二頁、学説として、例えば井田良『講義刑法学(第二版)』三九九頁(二〇一八)、高橋則夫『刑法総論(第四版)』三五六頁(二〇一八)、西田典之『刑法総論(第二版)』二八〇頁(二〇一〇)、松宮孝明『刑法総論講義(第五版補訂版)』一七三頁(二〇一八)、山口厚『刑法総論(第三版)』二七二頁(二〇一六)。

(2) 刑法三九条を巡る我が国の判例学説史の展開については、既に別稿において論じている(拙稿「刑事責任能力の判断について―原理・基準・適用―」(一)～(三)『法協』一三七卷九号七五頁、同一三七卷一〇号六二頁、同一三八卷一〇号掲載予定(二〇二〇)―二〇二一)。また、ドイツの(とりわけ)学説の議論状況についても別稿において論じている(同(四)同三号掲載予定(二〇二一))。本稿では、これらを、連載の番号を〇として、「拙稿・法協(〇)」として引用する。

(3) この点については、拙稿・法協(四)第二章第二節第一款。

(4) 概観として、拙稿・法協(一)序章第一節第一款。代表的論者である安田拓人等の見解について、拙稿・法協(三)第一章第四節第一款第一項。

(5) 概観として、拙稿・法協(一)序章第一節。

- (6) 例えば、安田拓人「責任能力の具体的判断枠組みの理論的検討」刑難五一巻二号一三三頁、一三七―一三八頁(二〇一二)。
- (7) 山口厚Ⅱ井田良Ⅱ佐伯仁志Ⅱ今井猛嘉Ⅱ橋爪隆Ⅱ岡田幸之Ⅱ河本雅也「現代刑事法研究会第三回 責任能力」ジュリ一三九一号八九頁、一〇一頁〔岡田発言〕(二〇〇九)。
- (8) 橋爪隆「責任能力の判断について」警論七〇巻五号一三八頁、一四三頁(二〇一七)。また、村松太郎『認知症の医学と法学』三八頁(中外医学社、二〇一八)。
- (9) この点については、拙稿・法協(二)第一章第三節第二款第一項12)。
- (10) 樋口亮介「責任非難の構造に基づく責任能力論」刑難五八巻二号二七一頁、三二五頁以下(二〇一九)。なお、竹川俊也『刑事責任能力論』序章、第二部第四章(成文堂、二〇一八)も参照。
- (11) 拙稿・法協(四)第二章第二節。
- (12) 児童(一四歳未満)については刑法一九条が、少年(一四歳以上一八歳未満)については少年裁判所法三条(なお刑法一〇条が、その責任能力につき規定している)。
- (13) 条文の訳語の選択においては、かかる改正を踏まえて法務資料四六一号を参照し、適宜変更を加えた。
- (14) 改正前のSchwachsinn(精神薄弱)及びeiner schweren anderen seelischen Abartigkeit(その他の重大な精神的偏倚)という言葉については、このような用語法は差別的で不適切なものであることが批判がそもそも学説上強(z.B. Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil: ein Studienbuch, 8. Aufl. (2018) Kap. 18 Rn. 4; Rosenau, Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung; in: Venzlaff/Foerster, Psychiatrische Begutachtung, 7. Aufl. (2020) S. 85, 99; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. (2006) § 20 Rn. 24; Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. (2017) § 20 Rn. 29 (Rogall))、また精神医学の用語法でも心理学の用語法でも用いられていることから、内実には変更を加えなごまき該用語を現代化する意図が、精神遅滞(Intelligenzminderung)・その他の重大な精神障害(einer schweren anderen seelischen Störung)という用語へと改められている(vgl. BT-Drs. 19/19859, 19/23179; Fischer, Strafgesetzbuch: mit Nebengesetzen, 68. Aufl. (2021) § 20 Rn. 135, 36)。
- (15) Z.B. BGH 07.09.2015-2 StR 350/15, NStZ-RR 2016, 74.
- (16) 浅田和茂『刑事責任能力の研究：限定責任能力論を中心として上巻』一九〇―二〇二頁(成文堂、一九八三)、安田拓人『刑事責任能力の本質とその判断』一〇四―一〇六頁(弘文堂、二〇〇六)。
- (17) BGH 27.11.1959-4 StR 394/59, BGHSt 14, 30
- (18) 以下「こゝ」Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission

おいて違法な行為を行ったにもかかわらず、酩酊の結果責任無能力であった又は責任無能力であったことが排斥され得なかったために、その犯行を理由として処罰され得ない場合には、五年以下の自由刑又は罰金に処する。」

(33) 責任能力を巡ってドイツ内在的に最も一般的に議論されている問題領域は、酩酊と責任能力を巡る問題であり、「この分野には判例群が果てしなく存在する」とされる (Roxin, aa.O. (Anm.14) § 20 Rn.10) ことからすれば、この問題領域を紹介する方が、ドイツの責任無能力をめぐる判例の紹介としては誠実であるが、そこで議論の多くは血中アルコール濃度 (Blutalkoholkonzentration (BAK)) の取扱いに当てられていること (血液検査があった場合やなかった場合の BAK の測定方法、一般的犯罪において責任無能力が疑われる BAK の値、殺人において責任無能力が疑われる BAK の値、BAK とその他の間接事実 (精神診断的基準 (psychodiagnostische Kriterien)) との関係等)、また自招酩酊の場合の法的規律をも含めなければ全体像が把握できないこと等) にも鑑みて、本稿から割愛することとした。

(34) すなわち、「責任無能力……の状態では違法な行為を遂行した」の要件の認定において刑法二〇条と刑法六三条は異なっており、責任阻却事由である前者とは異なり、命令である後者では、責任無能力であったことが積極的に (positiv) 疑いなく (zweifelfrei) 認定される必要があるため、「責任無能力であったことが排斥できない」というだけでは、同要件は前者では認められるが後者では認められない。この点については、例えば、BGH 24.03.1998-1 StR 31/98, NStZ 1998, 408 (露出症に基づく児童性犯罪); BGH 16.01.2003-1 StR 531/02 (統合失調症); また二二条に同じ BGH 08.07.1999-4 StR 283/99, NStZ 1999, 610 (ペドフィリア)。

(35) ドイツ刑法二〇条、二二条をめぐる判例の紹介は、多くの事象については、日本では散発的になされているにとどまる (中央大学のドイツ刑法研究会における一連の判例評釈 (比較法雑誌所収) 参照。なお安田・前掲注 (16) 一〇四—一〇六頁)。事象ごとの考察という見地からは、一九六〇年頃までの情動と責任能力をめぐる判例の展開を叙述した林美月子『情動行為と責任能力』八五頁以下 (弘文堂、一九九二) (さらに近時の論稿として林美月子『情動行為と意識障害』立教法務研究九号一九九頁 (二〇一六)、同分野の一九九〇年代までの判例の紹介を含む友田博之『健康人の情動に関する一考察 (一)』法雑誌二巻四号二二三頁 (二〇〇六)、同『健康人の情動に関する一考察 (二)』法雑誌三巻一号二二三頁 (二〇〇六) が注目される。

(36) なお、本章の叙述は、基本的に二〇一八年三月の時点における調査に基づいている。

(37) BGH 25.03.2015-2 StR 409/14, NStZ 2015, 688. 本件は、ペドフィリアに基づく計一四〇件を超える子供に対する性的虐待や児童ポルノの公開・所持に関する事件であり、完全責任能力を認めた地裁判決を BGH は破棄した。

(38) この点を明示的に述べるものとして BGH 12.11.2004-2 StR 367/04, BGHSt 49, 347.

(39) 以上について大熊輝雄『現代臨床精神医学 (改訂第二版)』四頁、二〇頁、二三頁 (金原出版、二〇一三)、加藤敏他編『現代精

神医学事典』五八九頁、五九六頁（弘文堂、二〇一六）。なお、野村総一郎他編『標準精神医学（第六版）』二三頁以下（医学書院、二〇一五）も参照。

(40) BGH 26.06.1997-4 StR 153/97, NJW 1997.3101.

(41) 被告人は、夜間の騒音を、妻がその愛人にけしかけてさせているのだらうと解釈したり、数時間にわたって窓際に立ち妻の愛人が通るのを予期して道路交通を観察したり、また医者の治療に行くよう助言した妻に対しても現実の暴行等に及んでいたりしたため、妻と離婚することになった。被告人は、その後関係を持つようになった本件被害者にも、ほぼ毎日裏切り者と叱責し罵っていた。犯行当日、被告人は一リットルのブランドーを飲んだ後に合意の上で被害者と性交したが、その後被告人が考えるところの裏切りについて被害者を罵った。彼女が服を着て住居を出ようとした際に被告人は彼女を掴みその意思に反して性交をし、さらに暴行を加えナイフで刺し、叫んだら刺し殺すぞと脅迫する等した。

(42) BGH 24.09.1990-4 StR 392/90, NStZ 1991.31. もっともこの判例も、「精神病の場合と比べて（病的原因に基づかない）」「その他の重大な精神的偏倚」の場合には完全な免責は一般的に想定し難い（ferner liegen）」とす。

(43) この第四グループには責任無能力が稀にしか認められないということは、新法が一九六二年草案の立場を拒絶し第四グループに責任無能力の可能性を認めた理由でもある（BT-Drucks. V/4095.10）。その意味では、この傾向は確かに立法者の意図には沿っている（vgl. MK-Streng a.a.O. (Anm. 24) Rn.91）。

(44) 安田・前掲注（35）38頁。

(45) BGH 21.01.2004-1 StR 346/03, BGHSt 49.45.

(46) 次節第二款第二項。

(47) なお、先行研究として、賭博癖については箭野章五郎「ドイツ刑事判例研究（68）賭博癖の場合の人格の変化」比較法雑誌四一巻二号一八三頁（二〇〇七）、性的逸脱については箭野章五郎「ドイツ刑事判例研究（84）『その他の重大な精神的偏倚』にあたる性的逸脱」比較法雑誌四六巻三三四七五頁（二〇一七）、情動については林・前掲注（35）（一九九二）八五頁以下（なお林・前掲注（35）（二〇一六）や友田・前掲注（35）がある）。

(48) BGH 27.01.2016-2 StR 314/15, NStZ-RR 2016.167. Vgl. Fischer, a.a.O. (Anm.14) Rn.9a; SK-Rogall, a.a.O. (Anm.14) Rn.16. なお、「統合失調症の診断だけでは、一般的に、あるいは少なくとも長期的な時間持続しているような、責任能力の確実な著しい阻害の認定には至らない。常に必要なのは、認定された精神障害が各々の犯罪遂行時において、どのように弁識・制御能力に影響をもたらしたかの具体的な説明である」という文言も一般的に見受けられるところではある（BGH 24.04.2012-5 StR 150/12, NStZ-RR

2012,239; BGH 29.05.2012-2 StR 139/12, NStZ-RR 2012,306; BGH 26.09.2012-4 StR 348/12, NStZ 2013,424; BGH 13.08.2013-2 StR 128/13, NStZ-RR 2013,368; BGH 27.01.2016-2 StR 314/15, NStZ-RR 2016,167; BGH 17.02.2016-2 StR 545/15, StV 2016,720; BGH 13.10.2016-1 StR 445/16, StV 2017,585) が、ついに掲げた判例が全く六三条に関する判例であるように、この点が指摘されるのは、刑法六三条が少なくとも一定期間持続した責任能力の阻害の確実な認定を要求するからであるようにも思われる。

(49) シュープとは、統合失調症の病勢憎悪を指す(加藤他・前掲注(39))。

(50) BGH 13.06.1995-1 StR 268/95, MDR 1995,1090.

(51) 六三条が問題となった事案ではあるが、BGH 16.01.2003-1 StR 531/02 も同様の判断を提示している。市街電車で、その時まで知らなかった一五歳の女学生に対して、彼女が自分を迫害、追跡している(verfolgen)と感じて、その頭を蹴り上げたという事案であるが、BGHは「統合失調症の急性発作においては、経験則上原則として行為者は責任無能力であるということが前提とされなければならない」としている。

(52) 六三条が問題となった判例もあるが、BGH 14.07.2010-2 StR 278/10, NStZ-RR 2011,196.

(53) BGH 24.03.1995-2 StR 707/94, StV 1995,405.

(54) なお六三条についての判例であるが、「統合失調症の急性期シュープでは原則として責任無能力であることが前提とできる。なぜならばすでに弁別能力を喪失しているからである」とか「しばしばすでに弁別能力を喪失している」とか述べるものもある(BGH 19.12.2012-4 StR 417/12, NStZ-RR 2013,145; BGH 13.08.2013-2 StR 128/13, NStZ-RR 2013,368)。

(55) BGH 27.01.2016-2 StR 314/15, NStZ-RR 2016,167.

(56) BGH 18.01.2006-2 StR 384/05, NStZ-RR 2006,167.

(57) 六三条が問題となった事案であるが、BGH 03.07.1991-3 StR 69/91, NStZ 1991,527.

(58) この点岡上は、「第一一版のLeipziger Kommentarを引用しながら妄想性障害は第四グループ(その他の重大な精神障害)に属すると紹介している(岡上雅美「妄想性障害と責任能力」責任能力の体系的地位にも関連させて」井田良他編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集上巻』(成文堂「二〇一六」二八一頁、二九二頁)が、そこで引用されている二〇一二年のBGH判例は「妄想性障害が、病的な精神障害との限界付けにおいてその他の重大な精神的偏倚に分類されるということは自明ではない」と述べている(BGH 16.05.2012-3 StR 33/12, NStZ 2012,564) ほか、二〇〇九年のBGH判例においては「妄想性障害は、刑法二〇条の意味における病的な精神障害である(Die wahnhafte Störung stelle eine krankhafte seelische Störung im Sinne des § 20 StGB dar)」とまで述べられている(BGH 20.02.2009-5 StR 555/08, NStZ 2009,383)」。確かに前節第一款第一項に挙げた判例からすれば妄想性障害は第四グループに属し

得るように思われるが、こうした判断に鑑みれば、少なくとも当然第四グループに該当するとは言えないように思われる。Vgl. Fischer, a.a.O. (Anm.14) Rn.9d.

- (65) BGH 24.07.1997-1 StR 351/97, NStZ-RR 1998.5; BGH 24.09.2014-2 StR 235/14, BGHR StGB 8 20 Psychose 3; BGH 10.10.2017-2 StR 359/17, NStZ-RR 2017.369.

つまり「妄想により決定されている (bestimmt)」とはどれほどの影響を指すのかは必ずしも明らかではないが、例えば、BGH 10.10.2017-2 StR 359/17, NStZ-RR 2017.369 は、被告人が、政府の秘密情報機関に自分を探るように委託されていると被告人が考えた女性を、拷問にかけ傷害を加え死に至らせたというものであるが、限定責任能力しか認めなかった地裁判決を、BGH は上記フレーズを述べながら破棄しているため、かかる状況では「妄想により決定されている状況」と評価されるのだろう。

- (66) BGH 09.04.2002-5 StR 100/02, NStZ-RR 2002.202.

- (67) 前節第一款第一項。

(68) 樋口輝彦「うつ病の概念とその変遷」綜合臨牀五九巻五号一一六五頁(二〇一〇)、松浪克文『内因性うつ病』という疾患理念型をめぐって」精神経誌一一五巻三号二六七頁(二〇一三)、野村他・前掲注(39)三三四頁以下。もっとも現在の精神障害の分類・診断での病因論の有用性をなお主張するものとして針間博彦「古茶大樹『内因性』概念と臨床診断」臨床精神医学四四巻五号七六七頁(二〇一五)。

- (69) 六三条に関する事案もあるが BGH 07.03.2017-3 StR 521/16, NStZ-RR 2017.200.

- (70) BGH 10.01.2001-2 StR 500/00, BGHSt 46.257.

- (71) BGH 06.03.1986-4 StR 40/86, BGHSt 34.22.

(72) 例えば、犯行時点に著しい反応性うつ病が認められた二歳九月の子を殺害した故殺の事案について制御能力の著しい減退のみを認めようとした BGH 23.11.1977-3 StR 397/77, BGHSt 27.298°

(73) BGH 04.11.2003-1 StR 384/03, NStZ-RR 2004.70; BGH 26.04.2007-4 StR 7/07, NStZ-RR 2008.274. これに対して、例えば、犯行時点に混合性不安抑うつ反応 (ICD-10 F43.22) が認められた出産直後の子供の殺害について完全責任能力を認めた地裁判決に対して、犯行前後に焦点を当てているが出産状況と出産直後について十分に捕捉していないと批判した BGH 判例も存在するが (BGH 16.02.2005-5 StR 566/04, NStZ-RR 2005.168) 同判例も「この法的瑕疵は有罪判決とは関係しない。なぜならば刑法二〇条に基づく制御能力の完全な喪失は排斥しているからである」と述べている。

- (74) Vgl. MK-Streng a.a.O. (Anm. 24) Rn.91.

(69) 前節第一款第一項参照。

(70) 人格障害が第四グループに含まれ得ることについては、例えば BGH 23.03.1990-2 StR 61/90, StV 1990.302; BGH 17.07.1990-1 StR 305/90, NStZ 1990.537; BGH 27.11.1990-1 StR 584/90, StV 1991.155; BGH 21.02.1991-4 StR 56/91, NStZ 1991.330; BGH 17.08.2008-3 StR 232/08, NStZ-RR 2008.335°。なお、多くの異常が存在する場合には、人格障害に基づく第四グループ該当性について審査する義務が認められている。例えば、夫は子供が欲しくないのだと理解した妻が、出産直後に嬰兒を放置し死亡させるという行為を九件も繰り返したという事案（うち一件は時効にかかり八件の不作為による故殺が問題となった）において、完全責任能力を認めた地裁判決に対して、BGH は「多くの異常（die zahlreiche Auffälligkeiten）に鑑みると、被告人において人格障害に基づく『その他の重大な精神的偏倚』が存在したかどうかについての詳細な審査及び検討が要請される」として、制御能力の著しい減退を認めなかった点について地裁判決は維持されなかった（BGH 27.03.2007-5 StR 491/06, NStZ 2007.518）。

(71) ICD-10 においては非社会性人格障害（Dissoziale Persönlichkeitsstörung, F60.2）に含まれる（神道男他編『ICD-10 精神および行動の障害——臨床記述と診断ガイドライン——』（医学書院、二〇〇五）二一〇頁参照）。

(72) BGH 19.03.1992-4 StR 43/92, NStZ 1992.380.

(73) 同様の判断として BGH 04.07.1991-5 StR 122/91, BGHSt 37.397 がある。これは、地裁が謀殺未遂と行為単一の関係に立つ謀殺を理由に終身刑を科したところ、BGH がこれを破棄したものである。この事件では「統合失調型人格障害（schizotyp Persönlichkeitsstörung）」が問題となったが、BGH はその説明の中で、この概念がドイツにて精神医学上争いがあるという主張に対して、精神医学上の文献を引用しながら一定の支持があることを示した上で、「統合失調型パーソナリティ障害の概念への鑑定の分類は、わずかとはいえない障害があることを示している」と述べている。なお、ICD-10 以降後にも同様の判断を述べたものとして BGH 04.06.1997-2 StR 188/97, StV 1997.630 がある（依存性人格障害（ICD-10 F60.7）に罹患している者が子供に対する性的虐待等を行った事案につき、制御能力の著しい減退を認めた地裁判決を BGH は維持している）。

(74) もっとも責任無能力ではなく限定責任能力が問題となるにすぎない場合、責任無能力をもたらすような精神病ではなく、より程度の弱い精神病との比較がなされることになる（この点を強調するものとして前掲注（73）に掲げた、BGH 04.07.1991-5 StR 122/91, BGHSt 37.397; BGH 04.06.1997-2 StR 188/97, StV 1997.630°）。

(75) BGH 03.08.2004-1 StR 293/04, NStZ-RR 2004.329.

(76) BGH 04.12.2007-5 StR 398/07, NStZ-RR 2008.104.

(77) なお、生活障害基準を提示するものとして他に BGH 06.05.1997-1 StR 17/97, NStZ 1997.485; BGH 20.02.2001-5 StR 3/01,

StraFo 2001,249; BGH 22.08.2001-1 StR 316/01, StV 2002,17; BGH 12.11.2004-2 StR 367/04, BGHSt 49,347; BGH 25.01.2006-2 StR 348/05, NSZ-RR 2006,199, BGH 01.07.2015-2 StR 137/15, NJW 2015,3319 等がある。

(78) なお、それだけでは第四グループ該当性が認められない人格障害であったとしても、酩酊との相乗効果により責任能力への影響をもたらしていることがあるのは別論である。この点については例えば BGH 23.09.2009-5 StR 287/09, NSZ-RR 2010,7。

(79) なお、非社会性人格障害(前掲注(71))について、BGH 14.04.1999-3 StR 45/99, NSZ 1999,395 は「地裁が入口要件該当性を認めたのに対して、「地裁の、この人格障害が『度重なり反復する、社会規範や規則的行動様式の無視』に基づく」と言う議論の根拠は追体験可能なものではない。そこで記述された異常では、通常性のヴァリエーションとしても存在しうるような逸脱が問題になっているのである」として、法的瑕疵を認めている。

(80) MK-Streng a.a.O. (Anm.24) Rn.91.

(81) BGH20.02.2001-5 StR 3/01, StraFo 2001,249. また他に同様の判断を示すものとして、BGH 16.05.1991-4 StR 204/91, StV 1991,511; BGH 06.05.1997 1 StR 17/97-NSZ 1997,485; BGH 22.08.2001-1 StR 316/01, StV 2002,17 等がある。このうち一九九一年の判例は、第四グループ該当性を認めながら著しくない制御能力の阻害のみを認めるのであれば、「この例外を追体験可能な形で詳細に」基礎付けなければならないとする。

(82) 同様の判断として、(2)に見た二〇〇七年の判例の他、BGH 22.08.2001-1 StR 316/01, StV 2002,17; BGH 12.11.2004-2 StR 367/04, BGHSt 49,347 等がある。

(83) もっとも、このフリースの実質がどれほどのものであるかは定かではない。この二〇〇一年の判例を含め、人格障害をめぐるとの判例では、このフリースは一般論として述べられるにとどめておく(他にも例えば BGH 22.08.2001-1 StR 316/01, StV 2002,17)「生活障害基準と連続的に述べられる」というもの(BGH 04.06.1997-2 StR 188/97, StV 1997,630)。

(84) BGH 07.03.2002-3 StR 335/01, NSZ 2002,476.

(85) 類似の判断として、BGH 09.04.1999-3 StR 77/99, NSZ-RR 1999,359,

(86) KG Berlin, 11.09.2012 - (4) 161 Ss 89/12 (175/12) の維持として地裁判決の文言のみを („lediglich) als wissenschaftlich nie vollständig auszuschließende, daher nur rein theoretisch („in Ausnahmefällen“) gegebene Möglichkeit“).

(87) 性的逸脱の他にドイツで問題になっている障害として賭博癖(Spielsucht)がある。これについては、全てが第四グループに属する訳ではないが、このような非物質依存であっても、物質依存同様の構造・重さを持ち、重大な禁断症状に至り得るような、精神障害・人格変容の重大な事例であれば責任能力が問題になりうることを、それゆえ賭博癖においても、重大な人格変容に至っている場合や激

しい禁断症状下での調達犯罪では制御能力の著しい減退が認められるとされている(例えば BGH 07.11.2013-5 StR 377/13, NStZ 2014.80)。前野・前掲注(47)(二〇〇七)も参照。

なお、日本で問題となっている窃盗癖等については、コンメンタール上で、例えば「窃盗癖・放火癖は古めかしいモノマニール学説の概念上のカテゴリ」であり「独立したカテゴリとしては見られ得ない」(MK-Streng a.a.O. (Anm.24) Rn.47)とか、「窃盗癖・放火癖は ICD-10 では F63 に分類されている」が「しかしドイツの精神医学では独立したメルクマールであるのか争われている」とか(LK-Schöck a.a.O. (Anm. 24) Rn.166)評されている。なお、比較的古い判例として放火癖を独立したものと扱ったことに否定的な法学的・医学的見解を引用している BGH 判例がある(BGH 03.12.1968-5 StR 631/68, NJW 1969.563)ほか、窃盗癖について、独立したメルクマールとするよりも、あくまでも重大な人格障害の症状等と見る見解を支持する近時の下級審裁判例もある(KG Bst-lin, 11.09.2012 - (4) 161 Ss 89/12 (175/12))。

(88) BGHSt 14.30 においてみられた判断は、「責任能力が問題となりうるのは」「——通常の方角の欲動であれば——対象者自身が自らの有する全ての意思力を注力したとしても十分に抵抗できないような性的欲動の場合や、「反自然的欲動であれば」その反自然的欲動が平均的な強さしか持たない場合だったとしても、その反自然性のために、欲動に打ち勝つために必要な制御を奮い起こせないほど、その内的態度全体を変容させそれによりその人格の本質を変容させてしまうような性的欲動の場合」であるというものであり、これはその後の判例でもみられるところであった(例えば BGH 29.03.1989-4 StR 109/89, JR 1990.119; BGH 08.12.1992-4 StR 450/92, NStZ 1993.181; BGH 12.10.1993-5 StR 424/93, NStZ 1994.75; BGH 26.08.1997-1 StR 383/97, NStZ 1998.30)。しかし、管見の限り、かかる判断と本文で取り上げた型基準とが混在する二〇〇〇年の判例(BGH 10.10.2000-1 StR 420/00, NStZ 2001.243)を挟んで、二〇〇四年の判例(BGH 17.02.2004-4 StR 574/03, NStZ-RR 2004.201 (直接的には六三条が問題となった事例である))以降、型基準のみが判断として取り上げられるようになっていくように思われる。

(89) 型基準が判断として取り上げられるようになった際、例えば前掲注(88)に挙げた二〇〇四年の判例においては、制御能力の著しい減退は「規範から逸脱した性的特性が前面に出ている場合には、その性的嗜癖が、その欲動の克服において必要な抑制をふりおこせないほど持続的に、行為者をその人格において変容させた場合にのみ認められる。それゆえ、逸脱した性的振舞いや、ペドフィリアという形式における逸脱が、全て容易く、刑法二〇、二一条の意味における『その他の重い精神的偏倚』と同等に扱われるわけではない。もっとも、制御能力は、その逸脱した性的な振舞い方が、減少した満足感・増大する頻度・巧みさの減少・当該方法へと考えが狭まっていくことによって、習慣化した振舞いの型になっている場合には、阻害されうる」としており、「その性的嗜癖が、その欲動の克服において必要な抑制をふりおこせないほど持続的に、行為者をその人格において変容させた」か否かを基準として指定すること

(仲道・前掲注(31)(三〇頁参照))にも理由はある。さらに判例の中には、制御能力の阻害を認めるためには「その性的嗜好が、その欲動の克服において必要な抑制をふるいおこせないほど持続的に、行為者をその人格において変容させた」ことが必要であり、制御能力が阻害されるのは「例えば(etcwa)」「振舞い方が……習慣化した振舞いの型になっている場合」であるというものもある(例えばBGH 06.07.2010-4 StR 283/10, NSZ-RR 2010.304)。ことからすれば、むしろかかる見解の方が適切であるようにも見える。

しかしながら、そのような判断は六三三条が直接的に問題となった事案において示されており(前段落の「判例以外にも例えばBGH 17.07.2007-4 StR 242/07, NSZ-RR 2007.337」それが「時間的に期限のない精神病院収容」という「重大な侵害(schwerwiegender Eingriff)」「異常に負荷的な措置(außerordentlich belastende Maßnahme)」であることを強調した上でかかる判断がなされているものも多し(例えばBGH 10.03.2004-4 StR 563/03, StV 2005.20; BGH 10.11.2015-3 StR 407/15, NSZ 2016.144)。やうに近時では、六三三条が直接的に問題となった事案におつても、型基準を充足すれば第四グループ該当性・制御能力の著しい阻害が認められるとした上で、ここで重要になるのは(Dabei kommt es daran)「その性的傾向が、その欲動の克服において必要な抑制をふるいおこせないほど行為者をその人格において変容させた」かどうかだとするものもある。

以上に鑑みて、本文で取り上げた「判例がいずれも二二一条を直接的に問題とするものであり、それらが型基準を明示的に提示していることから、本文ではこれを取り上げているが、判断が安定している訳ではないことについて以上のように付言する次第である。

(96) Vgl. SK-Rogall, a.a.O. (Anm.14) Rn.45.

(97) 例えは BGH 25.03.2015-2 StR 409/14, NSZ 2015.688; BGH 23.02.2017-1 StR 362/16, StraFo 2017.247.

(98) なお、①については例えは BGH 15.03.2016-1 StR 526/15, StV 2017.29 (①について確定判例としていふ)、③については例えは BGH 25.03.2015-2 StR 409/14, NSZ 2015.688 に示されている。刑法二〇一条について明示的に述べたものは見当たらなかったが、例えは二一〇一年のBGH判例は、小児性愛(ICD-10 F65.4)である被告人による子供に対する性的虐待について、制御能力の著しい減退のみを認めた上で精神病院収容命令を出した地裁判決に対して、被告人のみが上告したところ、BGHは有罪判決及び量刑判断については維持した(精神病院収容命令は破棄)というものであるが、その理由は「責任能力の完全な喪失はここでは初めから問題外であるから」だといわれている(BGH 06.07.2010-4 StR 283/10, NSZ-RR 2010.304)。類似の判断としてBGH 17.07.2007-4 StR 242/07, NSZ-RR 2007.337。また、本文に掲げた二一〇一年のBGH判例も、二二一条に関する詳細な検討の後に、二〇一条については「これに対して責任能力の喪失(二〇条)の根拠は存在しない」とだけ述べている。

(99) BGH 20.05.2010-5 StR 104/10, NSZ-RR 2011.170.

(96) BGH 25.03.2015-2 StR 409/14, NSZ 2015.688.

(95) 他にも例えば前掲注(89)に挙げた諸判例を参照。なお、「激しい、多かれ少なかれ抵抗し難い衝動から行為した(aus starken, mehr oder weniger unwiderstehlichen Zwang heraus gehandelt hat)」かどうかを問う文面も、性的逸脱と責任能力に関する判決文の中で見受けられることがある(ygl. MK-Streng a.a.O. (Anm.24) Rn.99)。しかし、それは、「時間的に期限のない精神病院収容」という「重大な侵害」を第四グループの診断により基礎付ける文脈で用いられることもあり(例えばBGH 10.03.2004-4 StR 563/03, StV 2005.20)、『六三特殊の文脈におけるフリーズであるようにも思われる。この点については前掲注(88)も参照。

(96) 第一章第二節第一款。

(97) 第一章第四節参照。なお、我が国の裁判例の分析については、拙稿・法協(二)第一章第三節、(三)第一章第四節第二款も参照。
(98) 現代精神医学事典(前掲注(86))では、AffektはEmotionとは異なり、表現である観察可能な行動パターンであり、日本語で情動という場合は、身体的随伴現象を伴う一過性の強い感情を指すことが多いとされている。

(99) Fischer, a.a.O. (Anm.14) Rn.30.

(100) LK-Schöch a.a.O. (Anm. 24) Rn.124.

(101) Fischer, a.a.O. (Anm.14) Rn.30.

(102) Jescheck/Weigend, a.a.O. (Anm.19) § 40 III 2.

(103) 例え¹³ BGH 10.10.1957-4 StR 21/57, BGHSt 11,20.

(104) 例え¹⁴ BGH 18.05.2000-4 StR 29/00, StV 2001.563.

(105) Vgl. Münchener Kommentar Strafrechtbuch, 4.Aufl. (2020) § 63 Rn.31 (van Gemmeren).

(106) 「情動の興奮は故意の殺人罪におおつはむしろ通常類型的(normaltypisch)に存在する」とするものと(1)BGH 07.08.2012-2 StR 218/12, NSStZ 2013.31.の事件で、妻から日常的に侮辱・暴行を受けていた被告人が、妻から離婚の意図を何度も表明され、口論の末に仲直りする可能性が絶対にならなことをぞこり殺害したというものである。地裁は完全責任能力を認めたが、BGHは限定責任能力の可能性を示唆しながらこれは瑕疵ある全体評価であつたとしている。

(107) Fischer, a.a.O. (Anm.14) Rn.30.

(108) Fischer, a.a.O. (Anm.14) Rn.30ff.; MK-Streng, a.a.O. (Anm. 24) Rn.82ff.; Sch/Sch-Perron/Weiber, a.a.O. (Anm. 24) Rn.15f.; SK-Rogall, a.a.O. (Anm.14) Rn.20ff.

(109) Roxin, a.a.O. (Anm.14) § 20 Rn.14.

(110) BGH 10.10.1957-4 StR 21/57, BGHSt 11,20.

- (11) 林・前掲注(35)(一九九一)九八頁以下、友田・前掲注(35)(一)一四三頁以下。
- (12) BGH 12.12.1996-4 StR 476/96, NSZ 1997,232.
- (13) なお、如何なる場合に情動による責任能力の喪失・減退が認められるかについては、精神医学者 S&S の作成した要素カタログが判例でも用いられている(例えば BGH 08.04.1997-1 StR 56/97, NSZ-RR 1997,296)。この点については林・前掲注(35)(二〇一六)一一〇頁以下に詳し。
- (14) 例えば BGHSt 11,20 は、『思いやりのある、善良な、優しい、平和的な、誠実な、勤勉な被告人』が、『積極的な、目的意識的な、利己的な、支配欲の強い、横柄な妻』と、同じような性格の義母による何年もの悪意ある言動によって、絶望の果てまで追い詰められ心身を消耗させられたがために、自らの中で絶え間なく作用し奮闘する厄介な抑圧的な感情が急激に発生し、『全ての制御ダムを突破して』爆発した』のであるとして、『被告人は自らに責任なく極度の興奮状態に陥りかかる状態の下で妻を致死的に刺した』という判断を是認している。
- (15) この流れについては友田・前掲注(55)(一)に詳し。
- (16) BGH 15.12.1987-1 StR 498/87, BGHSt 35,143.
- (17) BGH 29.10.2008-2 StR 349/08, BGHSt 53,31.
- (18) この判決文だけからは、限定責任能力の裁量減輕の否定の要件として事前有責任性が位置付けられているようにも読めるが、責任無能力においても事前有責任性が求められることは(1)において見た一九九六年の判例(BGH 12.12.1996-4 StR 476/96, NSZ 1997,232)からも明らかである。
- (19) BGH 05.02.1997-3 StR 436/96, NSZ 1997,333. 紹介として友田・前掲注(35)(一)一五七頁以下もあるが、有責任判断を行う一連の判例の一つとしてのみ取り扱っている。
- (20) この判例を引用しながら「情動に基づく責任無能力は例外的な場合においてしか認められ得ない」とする近時の判例として、BGH 29.10.2008-2 StR 349/08, BGHSt 53,31.
- (21) Fischer, aa.O. (Anm.14) Rn.30a.; LK-Schöck aa.O. (Anm. 24) Rn.128f.; SSW-Kasper aa.O. (Anm. 24) Rn.63.
- (22) BGH 18.05.2000-4 StR 29/00, StV 2001,563. かつて所属していた麻薬関連の組織から離脱した被告人が、同組織からの報復に恐怖を覚え、装填し安全装置を外した状態でピストルを肌身離さず常に持ち歩いていたのだが、ある日、暴行事件の捜査で警察の特別投入部隊が睡眠中の被告人の住居に突撃したところ、ドアをこじ開けた人間が自分を襲おうとしていると推測し「パニック状態の不安」の状態で「興奮と恐怖の中で」、部屋に入ってきた警察官の上半身めがけて発砲したという事案である(警察官の「警察だ」という叫

び声は聞こえていたので誤想防衛状況にはない)。

- (123) 本款第一項2(1)。
- (124) 通常の故殺罪の法定刑(五年以上の自由刑(一一二条))が一年以上一〇年以下の自由刑となる(一一三条)。
- (125) Vgl. Fischer, a.a.O. (Anm.14) Rn.34ff.; Jescheck/Weigend, a.a.O. (Anm.19) § 40 III 2. VI. MK-Streng a.a.O. (Anm.24) Rn.83ff.; Roxin, a.a.O. (Anm.14) § 20 Rn.15ff.; Sch/Sch-Perron/Weißer a.a.O. (Anm.24) Rn.15a; SSW-Kasper a.a.O. (Anm.25) Rn.64ff.; Volker Haas, Die Zurechnung zur Schuld bei Affektatzen. Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.10.08, 2 StR 349/08, in: Amelung/Günter/Kühne (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey (2010) S.117, S.140ff.
- (126) Roxin, a.a.O. (Anm.14) § 20 Rn.18.
- (127) 例えは LK-Schöch a.a.O. (Anm.24) Rn.141f.
- (128) 友田博之「健康人の情動に関する一考察(三)」法雑誌五三巻一号一六八頁、一七七頁以下(二〇〇六)に詳し。
- (129) BGH 29.10.2008-2 StR 349/08, BGHSt 53.3. 事前有責性に基つき刑の減輕を否定した地裁判決について、そもそも BGHSt 35.143 の提示していた事前有責性の基準を満たしていないため、それを理由に破棄するとしている。
- (130) LK-Schöch a.a.O. (Anm.24) Rn.138f.
- (131) Haas, a.a.O. (Anm.125) S.134f.
- (132) 前掲注(32)も参照。
- (133) 第一章第二節第一款第一項参照。
- (134) 第二章第一節。
- (135) 第二章第二節第二款。
- (136) 第二章第二節第三款第一項2。
- (137) 第二章第一節第一款第一項、第二節第一款第二項。
- (138) 第二章第二節第一款第一項2(2)。
- (139) 第二章第二節第二款第一項2(3)。
- (140) 統合失調感情障害については「被告人が目をぎょろっとして獣のようなうめき声をあげていたという、混乱し正気ではない外見からも明らかのように、被告人の精神病は直接的に影響していた」という理由で責任無能力が支持されている(第二章第二節第一款第一項2(2))が、誰の目にも明らかな精神異常者である「ローテンブルクの食人鬼」について責任能力は問題にならない(BGH

22.04.2005-2 StR 310/04, BGHSt 50,80, vgl. MK-Streng, a.a.O. (Anm.24) Rn.91)°

- (141) 第一章第三節。
- (142) 第二章第二節第二款第三項。
- (143) 第二章第二節第二款第三項、第二章第二節第三款第三項。
- (144) 第二章第二節第二款第一項 2 (3) b)。
- (145) 第二章第二節第三款第一項 2 (3)。
- (146) 第二章第二節第三款第三項。
- (147) 第二章第二節第二款第二項 2。
- (148) 第二章第二節第二款第一項。
- (149) この点については、拙稿・法協 (一) 序章第一節第一款第三項も参照。
- (150) この点については、拙稿・法協 (一) 序章第一節第三款も参照。
- (151) 差し当たり、現在の我が国の通説的見解についての議論の限界について、拙稿・法協 (二) 序章第一節第三款を参照。また、ドイツ法の検討として拙稿・法協 (四) を参照。

*本研究は、JSPS 科研費・若手研究「刑事責任能力判断における理論と実践の架橋―歴史的・比較法的検討」(課題番号 JP19K13534) の助成を受けたものである。