

# 激情行動の行為性と故意（上）

——G・シェーヴエの所説を中心として——

上 田 健 二

- 一 問題の所在
- 二 激情行動の特質と刑法理論上の問題点
- 三 激情行動の行為性（以上本号）
- 四 激情行動と故意（以下次号）
- 五 むすび

## 一 問題の所在

憤怒や憎悪、あるいは怨恨・嫉妬といった情動にかられて犯した犯罪は通常、激情犯といわれ、その数ははなはだ多い。この種の犯罪類型はそれ故、刑事学的には重要な意味を有するが、刑法理論上は主に責任能力の問題として扱われるのが一般であり、他の分野、とりわけ「行為論」と「故意論」においてこの種の犯罪が有する意義については、これまで深く論及されることはあまりなかったように見受けられる。しかし、この種の犯罪における行為者の責任能力を論ずるには、当然のことながら当該激情行動が「行為」ないし「故意」の要件を満しているものでなければならぬ。従来の通説・判例が激情行動の問題性をもっぱら責任能力の問題として、責任論において扱ってきたのは、衝

動ないし激情に直結した行動においても通常は、行為者は一応、明瞭な意識のもとに行動していると考えられ、ただ、この場合は往々にして意識の狭窄と意識の混濁とが同時に現われる結果、意識障害を来すことが多いと考えられることを理由とするものであったといえよう。<sup>(1)</sup>

西ドイツの判例は過去数一〇年にわたって、いかなる基底のうえに、またいかなる基本原則のうえにこの種の犯罪の正しい処理がなされるべきかという問題に詳しくたずさわってきた。その際、判例はこの種の犯罪において行為の存在を否定するのではなく、もっぱらその有責性を検討してきた。それは、ドイツ連邦最判所一九五七年一〇月一〇日の判決(BGH 11, 20)によれば、次のような理由に求められる。すなわち、人間は往々にして刺激により、それが知的な意味における自意識の喪失であれ、また感情生活および衝動生活の、したがって人間の情緒的な領域内での重大な障害であれ、完全に自己規制ないし自己抑制を喪失することがありうるのであって、刑法もかような生活経験から出発しなければならぬ、というのである。この判例は、一九五〇年四月二五日のイギリス占領地区最高裁判決(OGHbZ, 3, 19)から出発するものであり、ここでは精神的に健全な男が極度の憤激衝動のもとに(in höchsten Zornaffekte)妻の母親を殺害した行為が問題となった。<sup>(2)</sup> この判決は、「法共同体は各人に対して自己の激情と衝動とを可能な枠内に統制しておくことを要求している」ことを理由に、病的でない激情に基づく意識障害がかならず責任を減免する作用を営むわけではないと断ったうえで、本件の場合にはきわめて稀な例外として、責任能力減免の規定の適用を認めたものである。同じような趣旨の判決は西ドイツにおいてはすでに数多くある。<sup>(3)</sup> フォン・ヴェーバー(Hellmut v. Weber)はこれらの判例の基本的な態度を全面的に支持するだけでなく、さらに、激情における異常な反応それ自体が可罰的となりうる多くの構成要件があることを指摘している。<sup>(4)</sup> たとえばかんしゃく玉を破裂させる

こと (Wutanfalle) はすでに暴行罪の構成要件が、性欲の暴発 (sexuelle Triebausbruch) は性犯罪の構成要件が、また恐怖感におそわれて逃走することは逃亡罪の構成要件がそれぞれ可罰的であるとしてその類型に含めているというわけである。たしかに、これらの行動においては、行為者はおそらくきわめて限定されたものとはいえ明瞭な意識範疇を有していると考えられる以上、問題はもっぱらそうした衝動や反応が抑制表象によって合理的に統制しえたかどうか、行為者は自己支配が可能であったかどうかにかき着するのであり、これをもっぱら責任能力に結びつけて考えることは十分に理由のあることといえるであろう。ここではしたがって、これらの反応が「行為性」と「故意」の要件を満していることが当然の前提となっているのである。しかしたとえば、運動神経の刺激が内心の影響のもとにあるのではなく、自然的物理的な刺激のみによって誘発されるような「身体運動」、つまりある刺激が感覚中枢から発する意識を経て運動中枢に作用することなく、直接運動へと駆り立てるような身体運動であって、それを抑制することが全くできなかったような場合<sup>(5)</sup>には、遡って故意、さらには行為性それ自体を否定する余地も生じてこよう。

もっともこのような場合は単なる反射運動であって、激情行動の限界を超えろといえなくもない。しかし激情行動の際の心理学的特徴として、それは「意識が清明であるが狭窄している状態」だといわれる場合<sup>(6)</sup>、それは激情行動の典型的な場合を示しているが、しかしその限界まで明示しているわけでは決してない。むしろ、後に詳細にみるように、極度の激情行動においては「意識」そのものが失われ、無統制の状態に置かれる、というのが心理学者や精神医学者たちの圧倒的な見解である。そうすると、問題は、何をもってそれぞれの法的概念の規定要素とするかにかかわらざるを得ないように思われる。

激情行動といっても、それは結局、一種の行為者の内心的態度のあらわれであり、その意味で「意思の問題」と深

くかかわる。ところで、刑法が行為者の内心的態度とかかわるのは、何も責任能力論の分野においてだけではない。刑法はいずれにせよ、様々の側面から「意思の問題」にかかわりをもたざるをえない。とりわけ、「行為論」と「故意論」において、刑法理論がそれぞれ行為者の主観的・内心的要素をもって、「行為」あるいは「故意」の存否を確定するための基本的要素とする以上、「意思問題」との対決は避けられないのである。そうであるならば、「意思の問題」は責任能力論と対比し、「行為」または「故意」の場面ではどのような側面から検討し、把握されなければならないかを、それぞれの概念規定との関連のもとに明らかにすることは十分に意味があるといふべきであろう。のみならず、この問題は実務においても重要な意味をもつ。

いわゆる激情ないし衝動的行動または短絡的行動における「意思」は、行為者の責任能力の問題として扱われる場合、所為の心理学的背景の解明にとって重要と思われる一定の内心過程を記述する鑑定人はしばしば、当該所為は「非有意的、自動的、反射的、無意識的」であった、という表現を用いることが多い。これらの表現は、行為者の動機やその心理過程の解明、ないし行為者人格の認識を目指す限りにおいてそれ自体、とくに問題はない。しかし刑法理論は、行為ないし故意の存在確定のためにこれと同種の表現を用いているのである。因果的行為論における「有意性」ないし「任意性」、目的的行為論における「目的性」、社会的行為論における「意思支配の客観的可能性」は刑法における「行為」の概念規定においてそれぞれ独自の観点から把握された「意思」を示すのであり、さらに、刑法上の「故意」を定義して「構成要件実現の認識および意欲」とみる通説的理解もまた、「意思」のある局面を問題としているのである。ところで、衝動ないし激情行動とは、共通した理解によれば、人格の深層に存するある種の衝動が、より高い意識の層の合理的統制を経ることなく直接に行動へと駆り立てるものとされる。<sup>(7)</sup> 激情行動をこのようなもの

と理解する限り、それは直ちに右の概念規定にかかわりをもってこざるをえない。「行為」において、また、「故意」において、激情行動は右に規定したような内心構造を示すであろうか。もし然らず、とするのであれば、われわれは直ちに右の概念規定の再検討に迫られることになるわけである。このようにして、最近、クリュンムペルマン (Jurius Krümpelmann) が明示したように、<sup>(8)</sup> 激情行動の問題性の本領は責任能力論にあるとしても、議論はまず「行為」および「故意」の問題からはじめなければならないのである。

本稿は、この問題につき、医学および心理学との範疇的関連をその都度考慮しながら詳細な検討を加えたグンター・シェーヴェ (Günter Schewe) の所説<sup>(9)</sup>を手がかりとして、激情行動の問題性との関連で「行為」および「故意」のあるべき概念規定を模索しようとするものである。

#### 注

- (1) 植松正「激情行動と責任能力」犯罪と刑罰 (佐伯博士還暦祝賀) 四二二頁以下、四二六頁、九頁、武村信義「情動行動と責任能力—司法精医学の立場から—」刑法と科学—心理学医学編 (植松博士還暦祝賀) 二七三頁以下。
- (2) この判決を詳しく紹介されたものとして、植松・前掲論文四三〇頁以下参照。
- (3) たとえば、連邦裁判所のものとしては、殺意の衝動にかられての殺人 (Blutrausch) についての一九五五年四月二二日判決 (NJW 55, 1077)、衝動暴発 (Affektsturm) による殺人についての一九五五年四月二六日判決 (BGH 8, 163)、噴激衝動 (Zornaffekt) による殺人についての一九五二年七月一日判決 (BGH 3, 194)、高度な衝動における電光石火の反応として犯された (正当) 防衛行為についての一九五四年一〇月一四日判決 (BGH 6, 329) など。
- (4) v. Weber, Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, Engisch-Festschrift, 1969, S. 335 f.
- (5) OLG Hamburg, JR 1950, 409 は、刺激の「意識的転換」(Unterbewußte Umsetzung des Reiz) が認められる場合は行為でないとどうもメッガーの見解 (Mezger, Lehrbuch, 3 Aufl., S. 106; LK 6 Aufl., S. 21) を引用して、かような場合は行為性を否定する余地があるとしている。

- (6) 植松前掲論文四二九頁。
- (7) 武村前掲論文二七六頁。
- (8) Krümpelmann, J., Motivation und Handlung im Affekt, Welzel-Festschrift, 1974, S. 327 ff. S. 328.
- (9) Schewe, G., Reflexbewegung Handlung Voratz—Strafrechtsdogmatische Aspekte des Willensproblems aus medizinisch-psychologischer Sicht, 1972. など、本書は激情行動の問題領域のみならず、自動車運転者の誤った反応(Fehlreaktion von Autofahren) など、無意識的酩酊(Sinnlose Trunkenheit)の問題領域についても詳細な検討を加えている。本稿はこのうち激情行動についての部分だけをとりあたり問題としたい。など、本書の書評として、Stratenwerth, G., ZStW. 85, S. 469 ff. 参照。

## 二 激情行動の特質と刑法理論上の問題点

われわれはここで何よりもまず、激情行動とよばれるものの心理学的、精神医学的事態を明確にしておかなければならない。

ここで、「激情」という一般用語で表わされる一群の感情現象は、心理学・精神医学では「情動」とよばれ、それは、「瞬間的に、ないしは急性に生起する反応性——過性の強度な感情で、種々の身体的随伴現象——を伴う」<sup>(1)</sup>何らかの体験刺激に対する反応としてひきおこされるものといわれる。もっとも、このような「情動」現象を何と表示するかについては各専門科学の間にも若干の混乱がある。たとえばクレッチマー(E. Kretshmer)は、情動行動の心理学的理解にもっとも適しているといわれる人格または精神の層次説の立場からこうした事態を「原始反応(Primitivreaktion)」と表示し、<sup>(2)</sup>レルシヤ(Ph. Lersch)も同じ立場から「原始的情動(Primitivafekte)」と称しているが、<sup>(3)</sup>一般的用語ないし法的用語としては「短絡反応(Kurzschluss Reaktion)」または「衝動行為(Attakt-

handlung)」という表現が用いられることが多いようである。<sup>(4)</sup> しかしいずれにしても、その下で問題となる事態が明確に把握されているわけではない。むしろ、前記専門科学上の表現も激情行動の現象を「単に精神医学的・心理学的側面から暫定的に記述しているにすぎず」、まして「衝動行為」のもとにはきわめて多様な事象が呈示されているのであり、この多様性を統一用語でもって覆うことは学問的にはほとんど意味がない、とさえいわれている。<sup>(5)</sup> そこでわれわれもまた、ここで問題とする「激情行動」の範囲をわれわれの関心方向から相応に限定しなければならぬ。われわれはさしあたり、従来責任能力の問題として扱われてきた問題群のうち、その経験科学的説明が同時に「行為」および「故意」の概念規定とも直接関係するような事態とは何かをまず明確にしておく必要があるのである。

右のような観点からここで問題となる「激情行動」とは、ごく包括的にいえば、「人格上層の理性的意志的な自我機能が平素感情や欲動などの人格下層の機能に対してもっている統制力を失って、動物的・要素的な下層機能が体験に対して直接独自に反応して、人を下層のプリミティブな機能によって支配された行動へと動かす」<sup>(6)</sup> ような事態である。植松博士は、かような激情行動における意識状態についてとくに言及され、激情下の意識状態とは「意識が清明であるが、狭窄している状態」だとされ、意識の清明であることが、激情行動の何よりの大きな特徴であるといわれる。<sup>(7)</sup> たしかに、激情行動においては多くの場合、意識は清明であるとしても、しかしその極度の状態においては自我機能による統制はもはやなしえないということも、心理学者および精神医学者たちの一致した見解である。<sup>(8)</sup> 武村氏によれば、右に包括的に特徴づけられた激情行動の心理学的事態にも、「なお自我機能によって統制されている」軽度のものから、自我機能としての理性と意志を欠く、「原始反応と称しうるような高度の情動による行動」として、「明瞭な目的意識を伴う理性的意志的行動」と対置されるものまでには、連続的な移行が認められるにすぎない。<sup>(9)</sup> そうだと

すれば、意識が清明であるかいなかに、激情行動存否にとっての決定的な意義を認めるわけにはゆかないであろう。これとほぼ同旨の見解は、シェーヴェの紹介するドイツの専門家たちものべている。そのうちの代表的なものを二三拾ってみよう。

まずラッシュェ (W. Rasch) によれば、(激情行動のもとでは) 行為者は一定の行為事情のもとで徐々に行為主体としての役割から脱出し、その結果、遂には彼は単なる「作用連関の通過点 (Durchgangstation für einen Wirkungszusammenhang)」にいたる。所為の瞬間においては「ある形をとった意思形成にとって場所も必要性も残らない。」行為の準備の発現はたしかに原理的には意識の外で行なわれることはないが、さりとして現実の行為において体験的に表現されてはいないのである。したがってここでは『無意識的』行為の事後的な解釈の可能性<sup>(9)</sup>が開かれているだけである。行為が状況に適合したものととして、また自明のものとして現われることが多ければ多いほど、行為はこの『無意識的な』性格<sup>(10)</sup>を得る。行為者がその所為の成り行きについて不十分な陳述しかなしえないのも、一定の所為経過におけるこの「自動的なものの性質」に対応する、と。

ハイス (R. Heiss) も激情行動においては「窮極的には統制のない状態にいたる」と主張する。彼はまず、「決定的な情動のもとで行為を準反射的な事象という形式において経過させるような激情は存するか」という問題を提起し、原理的にこれを肯定する。その理由は、「われわれすべては、準反射的に進行させるほど広範囲に自動化された、獲得された行為装置を準備している」ことに求められる。同時に意識の質的な変化とその機能の停止を伴うより強い衝動は独自の経過するかかる装置を進行させることがありうる。意識はこの場合、この装置と行為をよりは目的的に導くことはなく、行為はあたかも固有の意識はなくてもある一定の確実さでもってその道を歩む夢遊病者におけるよ



うに経過する、というのである。<sup>(11)</sup>

このように極度の激情状態においては固有の意識はもはや機能しないとすれば、それではこの場合、行為それ自体はもはや目的に統制されないのか、という疑問が生じよう。ハイスはこの疑問に対して、「目的性については二つの概念がある」ことから一概に答えることは難しいという。たしかに、ここでしばしば「無意識的な目的統制」ということが想定されるが、これについてはかような「行為」は「完全に自動化された」ものとして経過したのかという点で争いのあるところである。ただこの関連で注目しに価するのは、ハイスが、極度の刺激によって誘発された「刺殺行為」の事例を「完全に自動化された行為」とみず、ここではなお「無意識的統制」が働いていると考えていることである。この「無意識的統制」の契機は、後述するように、最近、目的的行為論の立場に根本的な修正を加えたシュトラーターテンヴェルトの提唱する、「行為」の規定要素としての「無意識的目的性 (unbewußte Finalität)」の概念<sup>(12)</sup>に受け継がれているように思われるので、相当重要である。

なお、激情行動においては通常の意味における「意欲」も欠如することも、専門家たちの一致した見解である。たとえばケラー (W. Keller) は、激情行動においてはたしかに状況依存性は存在するが、「しかしそれは態度自体が体験的に志向した目的から基礎づけられるという意味においてであって、相応の目的設定が作動するという仕方においてではない。」したがってたとえば、被侮辱者が直ちに侮辱の言葉に反応し侮辱者に突進しまたは暴行を加える場合、かかる「行為」がまさに直接、衝動緊張から誘発されて直接的に行われる限り、そこには「意欲」はない、としている。<sup>(13)</sup> シュトゥンプフル (F. Stumpf) も同様に、人間行動の多くにおいて衝動が直接的に相応の態度へと導くと考えており、ここでは「意欲性は欠如する」という。<sup>(14)</sup> もっとも両者はともに、ここで欠如するのは、「固有の意味にお

ける意欲」であり、一切の意味における意欲概念まで排除しているわけではない。ケラーはここに「限定的意味における意欲」を認め、そのもとに「意欲の限定的第一形式」を理解しているのであるが、これにより激情行動をたとえば衝撃、発作、反応といった「短絡化された反射体系」<sup>(15)</sup>から区別しようとしているようである。<sup>(16)</sup>しかしその限界については流動的であり、確定的なことは何もいわれていないのである。

激情行動についての以上のような心理学的・精神医学的所見は、いずれにしてもそれ自体無段階的経過を示すにすぎないといえよう。そこでシェーヴェも、「動作へと明瞭に意識された主観的な関与を伴う固有の意思行為から、習性を経てたとえば膝筋反応のような単純な反射にいたるまで……行為者の動作への主観的関与が徐々に後退する結果、より低次の運動過程にはついには意識の最少の相関性もなく経過するという限りで、流動的な移行がみられるにすぎない」と結論づけているのである。<sup>(17)</sup>

さて、かような事態の認識は刑法理論上どのような問題をもたらすであろうか。まず実務上の見地からいえば、激情行動ないし短絡行動において鑑定人が専門的見地から、行為者の態度は「非有意的」、「自動的」または「反射的」であったと主張する場合、それは心理学や精神医学における支配的な見解と矛盾していないことはすでにシェーヴェによって確認されている。<sup>(18)</sup>そうすると、ここに専門家の意見と法律家の議論との間に一定の混乱が生ずることになる。激情行動において行為者の意思を問題とする鑑定人は、責任能力の枠内では所為の心理学的背景の解明にとって重要と思われる一定の内心過程を記述するために右のような表現を用いるのであろう。しかしこれらの表現は、刑法では責任能力においてだけでなく、その他の問題領域においても役割を演じているのである。そしてそこでは、「それらは一一定の公式と定義においてある程度技術用語として用いられているのであり、医学者や心理学者が責任能力の判

断において提示するものとは著るしく異なる特別の意味をもっている<sup>(19)</sup>といえよう。したがってたとえば、ある激情犯が「非有意的」ないし「無意識的」になされたと鑑定された場合、大部分の学説・判例がそう考えるようにこの判断が「行為でないから無罪」という帰結に至らないようにするためには、この鑑定にもかかわらず所為は刑法的見地からは「行為概念」の意味では「有意的」であると見なければならぬ、ということになるのである。これではしかし、同じ「意思」に二つの異った観念を認めることになり、一見して奇妙なことのように見える。たしかに、「意思」が問題とされる脈略が議論の当事者たちにとって同じであり、また同じ問題設定について考察されている限りにおいて、「意思」について二つの異った観念を認めることは矛盾といわねばならないであろう。しかし刑法は、とりわけ「行為概念」と「故意概念」において責任能力の認定論とは別の角度から独自の、可罰行為の評価と確定のための基準を設定する必要があるという立場に立ち、かつその考察の視角と方法が明瞭に意識し反省されている限り、このことに殊更異を唱えるにはあたらない。問題はこの点につき、従来十分に意識し反省されていたかということである。

刑法上の「行為」および「故意」の存否を確定する判断は、結局のところ可罰行為の評価の対象となるものを確定する判断であるから、その判断の性質は当然、「可罰行為評価のための普遍妥当な法概念が定式化されたもの」として法的・規範的なものであるとみることによってそれ自体として誤りはない。しかしここで判断の性質が法的であるというのはあくまで評価の対象となる存在構造のいわば枠を設定するという判断の性質が法的であるという意味に理解すべきであるから、その判断基準は同時に経験的・事実的層からも言明可能でありかつ支持しうるものでなければならぬことも当然であろう。このように「普遍的法概念の定式化」が同時に経験的な問題領域に関係する以上、しかも裁判実務において裁判官に事態に即した適切な判断と決定を可能にさせるためにも、それは何よりも生物学的、心理

学的所与に即して、「実質的に正しく (materialgerecht)」構成されなければならないであろう。従来、「行為論」において「有意的行為」、「目的的行為」または「意思支配の客観的可能性」が語られる場合、また「故意」を定義して「構成要件的事実の認識および意欲」とされる場合、それぞれの認定基準として、それらにより、一応は右のような観点から「事実的判断」が目指されているといえよう。しかしその反面、それらは、実務を拘束し、かつ裁判官に具体的な過程の判断のためにより厳密な尺度を提供するには、余りにも抽象的であり、内容的にはほとんど無規定的であることもまた事実である。そのためにしばしば、専門科学の立場から、たとえば次のような批判を受けることもなるのである。いわく、可罰行為を確定する基準は現実的および事実に論証可能なものに向けられているのではなく、人間の思考と行為についての、生活から遊離した観念像に基づいている、とか、法学上の公式と概念は可罰行為の適切な把握と評価にとって促進的であるよりもむしろ妨害的である、とか、裁判官は正当と感ぜられる判決を理論の要請に対応させるためにしばしば犠牲と歪曲が強いられる、といった批判がこれである。<sup>(21)</sup>

たしかに、とりわけ問題となる事態の具体的特徴づけをめぐる努力において対象となる所与連関の性質についての不明瞭な、または誤った観念がその定義形式とその意義についての法的見解に反映する限り、その結果として、その定義に従って作業しなければならぬ裁判官に「現実から遊離した」判断を余儀なくさせることになり、ひいては「判決」の妥当性そのものを失わせるであろう。右の批判がこの点を衝いている限り、正鵠を射ているといわねばならない。

こうしてここに、経験的層からも支持されうるような法的概念の一定の「具体化」が必要となる。シェーヴェの言葉を借りれば、「想定された事態のより厳密な記述的特徴づけと限界づけ」<sup>(22)</sup>が必要なのであり、それらは類型的メル

リマールによって把握され、相互に限界づけられねばならないであろう。他面、激情行動において責任能力や動機が問われる場合、とりわけ「意思の問題」と関係するのであるから、刑法において「意思」が問題とされるその都度の視点を明確にしておく必要があるであろう。ところで刑法における意思概念はとりわけ、「行為概念」・「故意概念」および「責任能力」という三つの異った法概念と結びついてあらわれる。したがって「意思問題」も少くとも三つの異った様相において考察されねばならないことになる。この点につき、すでにシェーヴェが各段階の目的と機能を考慮して、次のような基本的な見通しを表明している。<sup>(23)</sup>これによると、「意思」はまず「行為概念」において「純因果的に規定された」人間外的因果過程およびこれと同視しうる「反射運動」または「自動現象」と「目的的に統制され」、「意思」によって規定された「行為とを区別する問題としてあらわれ、ここでは因果性と目的性が重要である。ついで「故意概念」においては法益侵害へと向けられた「故意行為」と、法的に中立の結果へと向けられ因果的にのみ法益侵害を若起する「過失行為」および「回避不能」の法益侵害とを区別することが課題であるから、「意思」はここでは「方向」の問題としてあらわれる。さらに「責任能力」では行為者の自由な意思決定が特殊な「内的」条件によって制約されているかが問題となるのであり、ここでは「意思」は「自由の程度」の問題としてあらわれる、というのである。これはむろん、ごく一般的な基準であって、それぞれにつき具体化が必要であろうが、ともかくもそれぞれの段階での考察方法の本質的な相違点に着眼しているものであり、概ね是認できるように思われる。

このうちとくに重要なのは、「行為」および「故意」の確定基準と「責任能力」の判断基準との本質的な相異点はどこにあるかであろう。責任能力の判断基準をどこに求めるかは、周知のように、いわゆる混合的方法か生物学的的方法かという形で、今日、責任能力論の主要な論点として激しく争われているが、できるだけ主観的・恣意的な要素の

混入を排除し、科学的・客観的な判断基準を目指す立場からは、責任能力における問題の重点は、当然、広い意味における「診断 (Diagnose)<sup>(24)</sup>」にあるということになろう。責任能力の判断において専門的な知識を有する鑑定人の役割は、原理的には、裁判官による事実認定と認定された事態を法規へあてはめるにあたって、実質的に妥当な判断を可能ならしめるような「科学的知識」を提供することにあると考えるべきであり、またその際、責任能力において重要なのは法規範による主観的要求可能性の限界だといえる。シェーヴェはこれを「自由の程度」の問題であると簡潔に表示し、ここでは「意思」をこの観点から問題とすべきであるというのであるが、ここで厄介な自由意思論にまきこまれないためには、その認定基準は一般的な経験知と「診断」の範囲内に止められるべきであろう。ここから、具体的には、責任能力の判断にあたっては、何よりも「正常人」が属する大量グループの観察により異常と考えられるものを抽出することから得られる、「経験のないし現実的基準」が用いられるべきである。<sup>(25)</sup>

これに対して「行為」および「故意」の概念内容をより厳密に規定しようとする場合、つねに同時に法概念と関係づけねばならないのであるから、心理学的、生物学的問題との対決はすでに「原理的に」法的问题との対決としてあらわれる、といえよう。<sup>(26)</sup>ここでは何よりもまず、可罰行為の評価のための普遍妥当な法概念を定式化することが重要なのであるから、一方では生物学的、心理学的経過もこれに従って適切に整序されるとともに、他方で、この抽象的∥規範的な法的概念も、それによって想定されている事象をそれ以外のものから相応に限界づけうるほどに厳密な「経験知」による具体的∥記述的な特徴づけを含んでいなければならないのである。この、一見するに相矛盾する契機を同時に満す概念構成はきわめて困難であるが、いずれにせよ、刑法的考察の順序からいって、個別化的正義の要請に応えるべき責任能力論の前に、ここでは法的安定性と法的平等がより優先的に考慮されて然るべきである、とは

いえよう。その意味で、またその限りで、「行為」および「故意」の存否の判断基準の問題は、本来的には演繹的な処理、したがって推論的思考によって解決すべき問題であるとしても、最終的には「法的決断」の問題であり、したがって法的問題である。ここから、責任能力は「鑑定人の問題」であり、行為と故意は「法律家の問題」であるとする見方は、大筋において誤りはない、といえよう。

このようにして、「意思」を刑法上、それぞれの問題領域においてどのようにみるべきであるかという視点は、一応、確立された。「意思」は、いずれにせよ、刑法上の問題としては、まず、「行為」と「故意」から始められなければならないのである。

#### 注

- (1) 武村、前掲論文二七四頁。
- (2) Kretschmer, E., *Medizinische Psychologie*, 11 Aufl., 1956.
- (3) Lprsch, Ph., *Aufbau der Person*, 10 Aufl., 1966. S. 255.
- (4) Vgl., Bresser/Fotakis, sogenannte Primitivreaktionen und ihre Beurteilung, *ZStW* 79, 449 ff. v. Weber, a. a. O., S. 336.
- (5) Vgl., Krümpelmann, a. a. O., S. 329.
- (6) 武村、前掲論文二七六頁。
- (7) 前掲論文四二九頁。
- (8) たとえば、Brosser/Fotakis, a. a. O., S. 451 によれば、(ア)で問題となる、「衝動に直結した」(ウ)では統制の契機はほとんどまたは全く作用して(イ)行為と通常の行為との限界は流動的であるといわれる。Vgl. v. Weber, a. a. O., S. 336.
- (9) 前掲論文二七六頁。

- (10) Rasch, W., Tötung des Intimparters, Beiträge zur Sexualforschung, 31 Heft, 1964, S. 68 f.
- (11) Heiss, R., Allgemeine Tiefenpsychologie, 1964, S. 278 f. ders., Die Bedeutung der nichtklarhaften Bewußtseinsstörungen und der seelischen Ausnahmezustände für die Zurechnungsfähigkeit aus der Sicht des Psychologen, Gerichtlich-psychologie, 1962, S. 229.
- (12) Stratenwerth, G., Unbewußte Finalität? Welzel-Festschrift 1974, S. 289 ff.
- (13) Keller, W., Psychologie und Philosophie des Wollens, 1954, S. 87.
- (14) Stumpfe, F., Motiv und Schuld. Psychiatrie und Recht, Heft 1, 1961, S. 47.
- (15) Vgl., Bürger-Prinzip, Motiv und Motivation, 1950, S. 20.
- (16) Vgl., Keller, a. a. O., S. 189 f.; Stumpfe, a. a. O., S. 13.
- (17) Vgl., Schewe, a. a. O., S. 67 f. 71, 144. なお、精神健全者の激情行動における心理学的経過が時として反射運動におけるそれと近似性を示す実例として、植村秀三「刑事責任能力と精神鑑定」(司法研究報告書八輯七号)三〇二、三三頁参照。
- (18) Vgl., Schewe, a. a. O., S. 30.
- (19) Schewe, a. a. O., S. 140.
- (20) これについては拙稿「行為論の課題と展望」現代刑法講座第一卷(刑法の基礎理論)昭和五十二年二二七頁参照。
- (21) Vgl., Schewe, a. a. O., S. 140.
- (22) Schewe, a. a. O., S. 141.
- (23) Vgl., Schewe, a. a. O., S. 22.
- (24) Schewe, a. a. O., S. 11.
- (25) Vgl., Bochnik, H. J., Handwörterbuch der Kriminologie, 2 Aufl., Band I, S. 485. なお、責任能力の判断基準について「法的・規範的な立場を捨てて、『行為者が一般の正常者といわれるグループに入れうるかどうかを基準にすべきである』という提案(大谷実「責任能力の意義と基準」刑法の争点(ジュリスト増刊)六七頁)も、ここから原理的に正当化されるように思われる。この提案の詳細につき、大谷実・刑事責任の基礎(一九六八年)一七五頁以下参照。これとほぼ同旨の見解として、墨谷葵「責任能力について」犯罪と非行二五・二六号参照。
- (26) Vgl., Schewe, a. a. O., S. 12.



### 三 激情行動の行為性

一 「行為」とは刑法上、「意思にもとづく身体の動静である」とか、「目的活動を遂行することである」とか、「意思による客観的支配の可能性である」といった説明がなされてきた。<sup>(1)</sup> いずれも何らかの意味における「意思」の要素によって「行為」を「行為でないもの（≡非行為）」から区別しようとする趣旨であるといつてよい。「犯罪はまず行為でなければならぬ」という、伝統的な命題から出発するかぎり、刑法上の行為概念は同時に非行為排除の機能を果さねばならないことは当然であり、このことは刑法における行為論の独自の意義を否定する者にとっても変わりはない。<sup>(2)</sup>

ところで、たとえ違法であっても「行為でないから犯罪でない」という場合があつてこそ、行為論の意味があると いわれるのは、<sup>(3)</sup> 「非行為」は実は、刑法的には、地震や落雷と同様無意味であり、実務にとつても法的に「無」でなければならず、したがつてたとえば人の死が「非行為」によつて惹起されたことが認定された場合、それにはシェーヴェのいう「行為なしとしての無罪 (Freispruch mangels Handlung)」が結びつけられねばならないことを意味するはずである。<sup>(4)</sup> いいかえれば、責任能力や故意・過失のように何らかの心理学的所為背景が問われる問題はここではその対象を失うことになるのである。その反対に、「行為」の存在が認定された場合、それは単に、さらに進んで法的考察に入り、その行為が「違法」であつたか、故意または過失によりなされたか、さらに行為者には責任能力があつたかという問題を検討する端初が与えられたにすぎないのである。刑法理論が「行為」と「非行為」とを区別し、それぞれに右のような異つた法的効果を賦与しようとするねらいは、要するに、刑法的に重要となりうるものを一定

の人間の態度だけに限定しようとするからにはかならない。したがってこの観点からすると、たとえば落雷や地震による人間の死のように、人間の外にある因果過程は明らかに刑法的には重要でない。同様に人間の身体が単に機械的に作動して損害を惹起させた過程もこれと同視しうるであろう。さらに、人間の有機体がいわば「反射装置」として作動したにすぎず、そこでは人間は単に「因果経過の通過点」としかみられないような身体運動を人間の外にある事象と同視することもほとんど異論はないといってよいであろう。<sup>(5)</sup> こうした身体的動作を「非行為」または「反射運動」と表示し、これに適合せず、刑法上の判断と検討を必要とするような過程を「行為」または「有意的」態度と表示することは、結局は用語上の問題であって、それ自体異とするにはあたらない。本来的な問題は、まさにシェーヴエのいうように、「人間の身体が単に因果の法則に服しているにすぎず、機械的に作動している装置としかみられないような動作は存在するか。存在するとすればそれをそうでない場合といかに区別するか」<sup>(6)</sup>にあるといふべきであろう。

従来、「非行為」に属するものとして次のような例が挙げられるのが一般である。まず第一は、たとえば他人に突き飛ばされて窓ガラスを割った場合のように、不可抗力または強制により機械的に招来された身体反応であり、これについてはほとんど異論はない。<sup>(7)</sup> 第二は、完全に意識喪失の状態でなされた身体運動で、単に責任能力が否定または限定されるにすぎない意識障害の程度を超えるもの。深い睡眠中の、気絶状態での、重い熱病中の、麻酔中の行動がこれに属し、いわゆる無意識的酩酊 (simlose Trunkenheit) もしばしばこれに属するものとされる。<sup>(8)</sup> 第三は、外部からの刺激により感覚神経から運動神経への直接的な移行を通じて行われる反射運動であり、感電による痙攣、てんかん発作などがこれに属する。<sup>(9)</sup> 第二、第三類型については、そのような無意識状態に身を置くこと自体に非難を加える余地もあり、従って「非行為」とすることに異論もあるが、少くとも「原因において自由な行為」にあたる場合

を除けば、これを「非行為」とすることに問題はないであろう。<sup>(10)</sup>これに対して、「習熟した」態度の範型に基づいて多少とも自動化された行動は「行為」であるかについては、最近の西ドイツにおいて激しく争われている。<sup>(11)</sup>行為を特徴づける「意思」を自覚的なものと理解するかぎり、自動化された行動は無意識的にも行われうるのであるから、それは「意識の識閥の下部における経過」であるということもできる。これを理由にこの行動を反射運動と同置する見解も有力であるが、<sup>(12)</sup>通説は、通常は多少とも自動的に経過する反応も「行為」の要件を満すという見解である。<sup>(13)</sup>

ところで、われわれの当面の問題は、前章で心理学・精神医学の立場からその特徴が概略的に把握された「激情行動」は「行為」の要件を満すかにある。既述のように、心理学・精神医学上の文献の多くが激情行動についても、ここの統制は往々にして無意識的になされることは勿論、刑法上の行為概念の最少限の前提である「有意性」の要素を「意識的なもの」と理解するかぎり激情行動はこれと相応しないことを理由に、しばしば「非有意的」または「反射的な」態度を問題にしているのであった。それにもかかわらず刑法上の学説のほとんどが激情ないし短絡行動は刑法上の意味では「行為」であり、従って「反射運動」や「非有意的」態度ではないと考えている。<sup>(14)</sup>西ドイツの判例にはその理由を明示したものがあつた。ハンブルグ高等裁判所はいわゆる「短絡行動」の行為性が問題となった微罪事件について、メツガーの学説を授用しながら次のように判示した。すなわち、(行為性が否定される) 反射運動において重要なのは、運動神経の刺激が内心の影響下にある (unter seelischem Einfluß stehen) のではなく、直接に身体的・物理的な刺激によって誘発されるような「身体運動」、したがってある刺激が感覚中枢から発する意識を経て運動中枢に作用することなく運動へと移行する身体運動である。刺激の下意識的転換 (unterbewußte Umsetzung des Reiz) が認められるこのような場合にのみ行為は欠如する。これに対し、運動がその内心過程に基因するかぎ

り、多少とも強度の衝動が当該反応へと導いたものであっても、「行為」は存在する。ただし、それが圧倒的な衝動のもとで行われたという事情があるときは責任能力の判断を加えることが必要となりうる、<sup>(15)</sup>と。このようにこの判例は「激情または短絡行動」の行為性を肯定しているのであるが、その理由を、このような行動は内心過程に基因していること、そこでは心的衝動はなお反対表象の可能性を宿していることに求めているようである。<sup>(16)</sup>もっとも、この判例は続けて、衝動が極めて強度のものであったために被告人が「行為能力」のない、または自由な意思決定のできない状態にあった場合は、さらに被告人はこのような状態を故意に招来させたかどうかを検討しなければならぬとしているところからみると、いわゆる「原因において自由な行為」において有責でないと判断される場合は、遡って全体として「行為性」そのものを否定する余地があることを認めているようにも解せられる。

いずれにしても、「激情行動」については刑法上の学説・判例はその「行為性」を肯定する傾向にあるといつてよい。そのこと自体に対して異論を唱えるにはあたらぬとしても、問題はどのような激情ないし知絡行動を何らかの「意思」要素によってたとえば「反射運動」から一義的に区別しうるかにある。たしかに、これらの行動では一切の意味における意的要素の存在が必ずしも否定されるわけではないことをすでに心理学者たちも認めている。たとえばケラーやシュトンプフルはここで「意欲概念の第一形式」としての「限定的意欲」を認めている。<sup>(17)</sup>しかしこの「限定的意欲」を刑法上の行為概念にいう「有意的」態度と同視するには、まず「限定的意欲」の限界が明確にされていないければならないであろう。ところが、これについて肝心の心理学たちによって何ら確定的なことが言われていない<sup>(18)</sup>以上、これに依拠するわけにもゆかない。ここから、たとえばある「激情犯人」が行為の当時、「自分が何をしているのか知らなかった」と陳述し、鑑定人も被告人の行動は「反射的」、「非有意的」、「自動的」または「無意識的」経過を

示すと証言したときは、「厄介至極な鑑定人論争 (qualende Sachverständigendebatte)」が生ずることになる。<sup>(19)</sup>

「有意的」要素によって刑法上の「行為」を限界づける以上、ここに「では、これと異なる鑑定人の説明が誤りなのか、それとも刑法上の説明が適切でないのか」という<sup>(20)</sup>、二者択一的なジレンマに陥いることは避けられないであろう。このことは、刑法上の行為概念を「意思」の要素にかかわらせること自体に再検討を促しているものといえよう。

もっとも、刑法上の行為概念の本質的な基底要素を「意思」にかかわらせること自体は全く理由のないことではない。刑法といえども、人間行為のありのままの姿を自らの裡に如実に反映しなければならぬからである。では、人間の「行為」を本質的に特徴づけるものは何であろうか。近代人間学の基本的認識として、人間はまさに行為することによって人間以下の全存在、とりわけ動物から区別される存在である、動物にも一定の挙動経過はあるが、しかしそれは決して「行為」ではない、とされる場合<sup>(21)</sup>、それはまさに、人間は「行為」を通じて精神的存在となるのであり、現実を良くも悪しくも形成することができるということにほかならない。<sup>(22)</sup> もっとも、人間は単に精神的存在であるだけではなく、同時に物質的(無機的)、生命的(有機的)ならびに動物的(感覺的)存在でもある。したがって、特に人間的性質のものでない(植物ないし動物的な)挙動経過は「感応的な、動物的意識(感覺的知覚または感得)」によって操縦されているとしても、精神的な統制はなしえず、支配しえないのであるから、ここでは「行為」は全く問題とならない。ここでは帰責可能性の契機となる人格的要素が欠けているからである。ここから、「行為しながらその現存在を形成し、かくして自らを人格として実現する能力を人間に付与するもの、それこそがまさに意思にほかならない」と考えることは<sup>(23)</sup>、相当に根拠のあることなのである。法秩序もまた人間をもっぱら、このように「行為する存在」、「人格の客観化」とみなしているというべきであろうから、人間の精神的自己規制の能力の発現とはいえ

ないような、したがってもしばら感応的・体性的な領域に属するような事象経過は法にとってもともと重要でない「非行為」として排除されてしかるべきである。<sup>(24)</sup>多くの学説が、こうして刑法上の「行為」を少くとも「有意的」態度に限定しようとする着眼点自体は決して理由のないことではない。したがって問題はもっぱら、「激情行動」のために「有意性」の要素をいかに限定するかにある、というべきであろう。

二 われわれは、この問題を考察するにあたっては、何よりもまず、激情行動の本質的要素である「衝動(Trieb)」が単に例外的に人間行動を規定するにすぎないものではなく、無意識ないし下意識的な層における創造的な力として、本来の行為の問題にかんしてもいかに大きな意味をもつかを相応に認識しておく必要がある。人間の心の深層には衝動的世界または衝動の層、すなわちESが存在すること、それは意識、すなわちICHに基因するものでないこと、およびこの無意識の層が意識よりもはるかに高度にわれわれの行為を支配していること、すなわちそれらは心的体験の最も重要な基本層をなしており、意識的な体験と所為をたんに希薄な上層として積み上げる層であること——S・フロイトによるこうした認識によってまず従来の主知主義的偏見が除去され、ついでR・クラীগスやK・G・ユングによりまさにこの「無意識なもの」の中に人間の本質的特性が見出されたことは、近代心理学上の画期的な出来事であったといわれている。<sup>(25)</sup>そして今日では、下意識的なもの、深層人格、ESは意識よりも発生的に古く、それゆえに意識に対して広範囲にわたって自律的であること、したがって意識的な意思に基因する諸過程だけが人間の人格と精神性の現れであると認め、意識的な意思から生じないものはすべて非人格的、非精神的なものであり、人間以下のものであるとしてこれに消印を押すのは全く誤りであることは、もはや常識となっていていっても過言ではない。<sup>(26)</sup>ところで、このような心理学的事態の上にいち早く刑法学上の注意を向けさせたのは他ならぬH・ヴェルツェルであ

った。

ヴェルツェルはすでに、その所期の論文、「人格と責任」において当時支配的であったM・シェーラーやA・ゲーレンの人間学、およびL・クラীগスやE・ロータッカーの精神または人格の層次説に強く依拠して、「衝動」と「意思」との原理的な関係についての考察とその刑法的重要性を説いている。<sup>(27)</sup>

周知のように、シェーラーは、人間の本質規定のための最も重要な基準として、まず、動物に対する人間の特殊的地位を問題とした。彼によると、動物は特別な生得的な環境世界(Die Welt)に閉じ込められており、その挙動も衝動に直結しているが、人間は衝動と環境と結びついていず、「環境から自由(Umweltfrei)」であり「世界へ開かれている(Welttoffen)<sup>(28)</sup>」。ゲーレンもまた同様の見方から、人間の運動および行為形式のほとんど無限の多様性と柔軟性を動物の運動の単調さと対比させ、人間が世界へ開かれており、世界そのものへの通路をもち、まったく開かれた視界をもっているのも、この柔軟性のおかげであるという。彼によれば、動物はその完成された器官に基づいて無意識の確実さで生きているが、人間は、本能をほんのわずかしか具備していないので「生物学的に欠陥動物」である、それゆえ人間は自分が「行為する動物」であることを頼りにして、その器官欠損を補い、自らの負担を軽減しなければならない。<sup>(29)</sup>ここから、人間はまさに生物学的にも計画的に統制された目的活動を行うべく運命づけられているという基本認識も生ずるわけであるが、これがヴェルツェルによる目的的行為論の形成に決定的な影響を与えたことはいうまでもない。

では、「衝動」は、人間したがってその行為にとってどのような意味をもつのか。ヴェルツェルによれば、「人間の衝動生活の広がりも、同時に人間にとって重い負担を意味する」。<sup>(30)</sup>人間はその衝動生活の広がりのために、動物に

おけるような盲目的・本能的な安定を欠く。そのために人間は本能的なリズムから閉め出されているのであり、その結果、人間はつねに、衝動の過剰が放縦を生み出すという危険にさらされている。こうして、「人間の衝動生活は動物におけるような本能的な『正当性』を示すのではなく、それを訂正することがすでに生物学的にいつて人間の『課題』、すなわち訓育と自制のための課題なのである」<sup>(31)</sup>。人間は時には衝動を持続させ、また時にはこれを抑えなければならぬ。この統制作用が意思の機能に属するのであり、したがって人格の持続性、自我の統一性を構成する。要するに、人間は衝動を克服するために意思を必要とする、というのである。このように人間の衝動生活の広がりや過剰が意識的な意思作用による意味的統制をすでに生物学的に必要としているのであるから、当為したがって責任は「訓育の動物」としての人間の生物的存在条件にくみ込まれている、ということになる<sup>(32)</sup>。

このような人間の人間学的基本構造を前提として、ヴェルツェルは人格の内心構造の解明へと立ち向うのであるが、その際、主としてクラークスやロータッカーの「人格を層次構造の視点でみる」見方<sup>(33)</sup>に依拠している。この説によると、人格は基本的に、深層(深層人格または激情的衝動、志向、感情の全体としてのES)と、それに重畳し、それを統制する自我機能(人格層)からなる。深層人格はいわばそこからわれわれが生活する資本であり、人間における一切の創造的なものの源泉であり、創造の内心的基盤であるが、その機能からみると、人格の「激情的な」部分である。この深層人格のES的、激情的な事象に対して、実質的な方向に向けられた思考と意味連関に従って決定する意思の任意的作用としての自我機能がそびえたつ。この自我機能と深層人格は、前者が後者のES的遂行を思考と意思の両面においてその客観化的統制のもとにとり込むという関係にある——これが層次説の基本的な着想である<sup>(33)</sup>。ヴェルツェルはこの層次説の「発見的、開明的意義はいくら強調しても強調しすぎることはない」と評価し、こ



の自我機能と深層人格の根本的な区別は、それぞれに異なる機能のあり方まで含めて、すべての責任観の根本的前提である<sup>(34)</sup>とまでいう。そこで、以上のような深層人格と自我機能の層次関係の考察から、「衝動」と「意思」との関係について次のような原理的確定を行う<sup>(35)</sup>。

「人格の一切の発動、その衝動は深層人格に由来する。それは動かすもの、行為へと駆り立てるものであり、意思ではない。意思はそれ自体動くことなく衝動を支配し、組織し、規制し、指し向けるものであって、「一種の統制手段」である。衝動は自我統制のもとでは激情的な心の動きとして感じられるのではなく、具体的な生活形成にとっての意味に従って理解され、それにより意思決定の「動因」(動機)にまで高められる<sup>(36)</sup>。すなわち、意思決定は意味的な課題について、したがって理解可能な視点に従って行われるのであって、ここに人間の動物に対する特殊な地位が示される。人間は、盲目的な生命領域の障壁に閉じ込められている動物とは異り、合目的に、意味的な生活形成を自ら見出し、創り出してゆかねばならない。この可能性がまた、一方では人間に、その生活文化の充満への戸口を開けるが、他方ではしかし、彼に意識生活一般の特殊な障害、すなわちその生活課題の欠如という危険性をも負わせるのである。まさにそれゆえにこそ、人間は生活意味の理解、その価値秩序、したがって世界観を必要とするのである、と。

さて、人間の人格構造をこのようにみることで自体異論の余地はなく、また、このような存在論的範疇構造に法も拘束されるといふ、彼の根本思想も、本来、間違っていない<sup>(37)</sup>。しかし、ここでの問題は、激情行動も統制されうるか、したがって刑法上の行為とみうるかにある。この問題を解く鍵は、ヴェルツェルが「自我||意思」を「衝動」に明瞭に対置させたことにあるといえよう。この点につき、彼の「教科書」にも次のような記述がみられる<sup>(38)</sup>。すなわち、「衝

「動」は自我を刺激し、とらえ、つつみ、感動させ、行為に駆り立てるものであるが、「自我」は、事物論理的根拠にもとづく思考活動、意味と価値に方向づけられた思考活動として、この深層の衝動をこえ、衝動を意味と価値に従って統制する規制中枢としてそびえたっている、と。ここでヴェルツェルは「衝動統制」と「行為統制」とが区別されなければならないとし、「衝動に直接刺激された」衝動ないし激情行為も「あらかじめ設定した目標によって統制されている」と考える(≡行為統制)。ここでは、意思の概念は広い意味で用いられ、衝動、激情および志向をも含む、一切の目標実現へと向けられた衝動刺激を包含するものとして理解されている。ところで、この広義の意思概念は「目標を意識し、因果事象を導く意思、すなわち目的性」と同じ意味のものであることは明らかであり、したがってこのような「目的的意思」は現実の事象を客観的に形成する因子として「行為」に属するわけである。したがってここから、激情行動も「外部的な」因果事象の「目的統制」に関係づけられ、行為および故意概念の意味では「目的的に統制される」と理解される。これに対し、「内心的な」衝動の統制は別個の問題とされ、ここでの統制の指標は衝動目標の意味と価値そのものであり、その内心的機能として狭義の意思概念が理解される(≡衝動統制)。この「衝動統制」の問題は、要するに、衝動が自我中枢により意味と価値の内容にしたがって統制しえたかどうかの問題に帰着するのであり、ヴェルツェルがそれを責任非難の存在的前提条件としての意思の自由の性格学的局面において論じていることから明らかのように、無意識的層に由来する衝動の問題性は結局のところ責任問題として扱われているのである。したがってヴェルツェルにおいてはその限りで、アルトゥール・カウフマンが正当にも強調するように、無意識の責任は存在するが、行為の場面ではどこまでも意識的な行為があるだけである。

ところで、このように輪郭づけられた行為の目的構造は、厳密な意味において、「知的な態度」または「意思的

な行為」のみに適中するのであって、「衝動ないし激情行為」、さらには「自動化された行為」には適中しないのではないかについては、周知のように、すでに数多くの批判がある。批判の要点は、とりわけヴェルツェルが「行為統制」と「衝動統制」とを区別したことにある。

既述のように、激情行動においてはすでに「統制は失われている (stenerlos)」というのが心理学者たちの圧倒的な見解であった。たとえば、ハイスは、激情行動について、「この事象において表動する行動では、過剰な抑圧エネルギーは人格の衝動抑圧装置を超過するのであって、やがてはこれと競合する衝動も意識もこれに対して功を奏することはできず、無統制へといたる行動様式を示す」と記述している<sup>(40)</sup>。これを根拠にして、イエシック (H.H. Jeschek) も、激情行動において衝動の諸力は下意识的なものの深層から生じ、観念的先取の領域を通過せず、固有の統制に服しないのであるから、激情行動も自動化された態度とともに、行為のフィナリズムが提示する目的観念の外にある<sup>(41)</sup>、ヘンケル (H. Henkel) もこれと同じ見解を表明している<sup>(42)</sup>。両者はともに、ヴェルツェルが「衝動統制」と「行為統制」とを区別し、行為の構造をもっぱら外部的な実現活動に関係づけたことに対し、犯罪経過における「内面」と「外面」とは本来不可分であるのに、このように分離することは事物を歪曲していると指摘している<sup>(43)</sup>のである。いずれにしても、「意識的意思」に基因する態度だけが「目的的に統制され」、その他一切の経過は「純因果的に」規定されるという、目的的行為論のテーゼにしたがい、目的性と因果性との対置により「行為」と「非行為」との限界線が適切に引かれるかは、大いに疑問の余地がある。

三 「行為」と「非行為」の区別が刑法上問題とされる場合、それは最終的には法概念の確立を目指すものであり、したがってその区別は法的问题であるとしても、それは同時に「存在論的」所与についてなされなければならないと

いう立場をとる以上、問題は結局のところ、区別されるべき事態の性質そのものにかかわりをもたざるをえない。したがって刑法上の行為概念も、この立場からは、さしあたりは人間の精神生活上の諸現象を価値無関係的・記述的に表示することを課題とする(ヤスパース)心理学・精神医学の呈示する概念構成を無視するわけにはゆかないであろう。ここに、「意思」行為と「非有意(自動的)」「反射的」態度との限界についての刑法上および心理学・精神医学上の概念規定の異同を論ずる意義と必要性が生ずる。ところで、この問題について詳細な検討を加えたG・シェーヴェは、「純因果的に規定された」身体運動との区別基準となるべきこの「意識的意思」が心理学・精神医学が「意思」を問題とする場合に考えている主観的な「意欲―体験」と同じ意味に理解し、主観的な「意識の識閥」をもって「目的に統制された身体運動と「因果的に規定された」それとの区別標識とする目的行為論の「哲学的テーゼ」は、想定された事態の性質についての不明瞭または誤った観念を求めているのであり、その限りで解決しがたい「心身問題(Lieb-Seele-Problem)」に陥る、と帰結する<sup>(44)</sup>。彼によれば、そもそも「意識の識閥」は、法理論が考えるようには、「因果的決定と目的的統制」との境界を示さない。目的性と因果性とは対比できない大きさであり、両者の関係は原理的には「非論理的なもの」と考えるべきである。この両者の関係の問題性は、全生命現象を通じ、最底度の有機的段階から最高度の動機過程にいたるまで「垂直に」貫らぬ結果、最後には解決しがたい心身問題に曹遇する。刑法はそのような仕方での定義づけと限界づけの試みによって問題の解決にいたるのではなく、むしろ解決しがたい問題にまきこまれる、<sup>(45)</sup>というのである。

たしかに、人間の行動のなかでも、前進的な統制過程が進行しているが、しかしそのものとしては意識されていない場合があることは、たとえば平担でない地面にうまく適合させながら歩行する例からも明らかである。このように、

すべてが意識にあらわれているわけではない多くの行為を同時に行なう能力は、結局のところ「下意識的なものの広範な自律性」に求めるほかないであろう。<sup>(46)</sup> そればかりでなく、一連の生理学的研究は、すでに全く原始的な経過においても「規制的適合 (regulative Anpassung)」の現象がみられることを明らかにしているのである。<sup>(47)</sup> たとえば、刑法上は典型的な「非行為」として異論なく理解される純機械的な反射運動も、それがたとえば膝筋反応の検査のために誘発される場合は、環境から隔離させるといふ人工的条件のもとで誘発された運動経過が問題となるのであり、同じ刺激を含む他の状況のもとでは運動はこれとは別の姿をとることを考えれば、規制的適合への能力はここでも認めうるとされる。<sup>(48)</sup> そうすると、因果的理解の限界はすでにここまで及ぶのであり、ここに有機体と環境形成の可能性との「予定的な全面的対応」を要求しない以上は、超物質的な「意識ないし統制要素」を想定し、刑法上の「意思」概念もこれに対応させないわけにはゆかないであろう。また「意思」概念の下限を考える場合、心理学・精神医学では、この下限は、本来、消極的のみ規定される、すなわち意思にとって特徴的であるとみられる心理過程、明瞭に表象された目標との明白な合致がまさに確定しえないところにその下限がある以上、<sup>(49)</sup> 刑法上の「意思」概念の限界規定も、これにはよりえないのであって、根本的には、これとは全く異った仕方規定されなければならないことになろう。いずれにしても、「規制的適合」の要素によって統制された態度を刑法上の問題領域のなかにとり込むことは、たとえそこに意識的な意思活動の存在が証明されなかったとしてもなお意味をもちうる。<sup>(50)</sup> これによって有意性の基準は用いえないことになろう。<sup>(51)</sup> そもそも『目的的に統制された身体運動』と『純因果的に規定されたそれ』との求められた区別は「シェーヴェによれば、「一般的にいつて生物学的諸過程そのものからは導き出すことはできず、したがって刑法における純事実認定の問題として把握することはできず」、<sup>(52)</sup> ここでは「流動的移行」がみられるにすぎない

のであるから、それは結局、『評価的決断』(wertende Entscheidung)と理解されねばならない。<sup>(52)</sup>では、その「決断」をどのように下すべきか。シェーヴェはこの決断を、「『実務上』法理論によって要請される『非行為』の存在するところ、——すなわち、運動過程が単なる法益侵害の惹起以外には法的・社会的分野とのどのような意味的連関ももはや認めえず、そのかぎりで法的評価においてはなお人間外の因果過程と比較しうる(有機体が単に純機械的条件に依存する装置としてしか役割を演じない)ほどに低次の統合水準(Integrationsniveau)において行なわれるがゆえに、その『規制的適合』が無視しうるような過程に——」、設定しなければならないと考える。<sup>(53)</sup>

四 既述のように、心理学および精神医学上の所見は、明瞭な意識を伴う行為から完全な無意識的動作にいたるまで、それ自体としては無段階的移行を示すにすぎない。さらにシェーヴェによれば、生命ある有機体にはそれ自体として意識されていなくても前進的な統制過程がみられるのであり、一定の自動化された態度や激情行動は意思によっては担われていないが、表面的には目的への適合性がみられる。<sup>(54)</sup>このように、「目的ないし目標への適合性、一定の結果達成へと向けられた因果的連結の設定——したがって目的性の一切の要素を担う事象——は主観的体験としては現われないように見える領域にもあてはまる」<sup>(55)</sup>以上、目的性を意識的な意味においてのみ理解し、これを因果性と対置することは全く誤りだということになる。しかも、無意識的に統制された態度、とくに激情行動や多少とも自動化された態度も刑法にくみ入れることに意味がある限り、「意識的な」意思だけを決定的な基準とし、これによって意識の下部に経過する一切の事象を非行為として排除するというように、行為概念を狭く解する契機はたしかに存在しないといえよう。<sup>(56)</sup>目的の意識的な設定、手段の意識的な選択および意識的な統制作用を通じての実現はたしかに行為の「現念型」を示すけれども、しかしそれによって人間行為の多様な現実性を広くくみ尽すことはできないことは、

すでに多くの論者によって指摘されている通りである。<sup>(57)</sup> われわれの日常的な行動の大部分といわないまでもその多くは、むしろその統制過程が意識の識閥の下部に留るような仕方になされるにもかかわらず、「人間の精神性の表現」<sup>(58)</sup> であり、したがって行為とみなしうるからである。

ところで、刑法における「行為」の概念規定にあたって何よりも重要なことは、「行為」と「非行為」を区別し、後者を爾後の刑法的考察の対象から排除するという、実務的にも意味をもちうる課題に答えることであった。ところが、典型的な自覚的行為と完全な無意識的行動との限界は「実際は」は流動的である以上、この区別は、結局のところ「『実務上』、法理論によって要請される『非行為』の存在するところ」に求めるほかはなく、最終的には「評価的決断」の問題だ、<sup>(59)</sup> としかいえないのであろうか。

もっとも、この区別基準を「事物それ自体」に求める機縁がないわけではない。というのは、ほとんどすべての有機的な運動経過において認めうる「規制の適合」の要素または低次の有機的段階の「目的性」が、逡減する統合環境とともに徐々に後退し、その結果、いわばその反比例として、漸増的に、「実務上の」関心事と対応してこれを無視し、当該過程を単なる「因果過程」として扱う余地も生じてくるからである。他方、目的性と因果性とは、その限界が一義的には規定されえないという意味で、従来は「類型論的 (typologisch)」な概念<sup>(60)</sup>、したがって週辺不明瞭な概念であり、両者間には「流動的移行」が存在するにすぎないのであれば、規制の適合の要素を無視し、当該過程を単なる因果過程として取り扱いかどうか、それとも「目的的に統制」されたものと把握すべきかは、結局、考察者のその都度の意図に帰着することになるわけである。<sup>(61)</sup> とところで、「行為」と「非行為」とを刑法的に区別する試みにおいて重要なのは、行為時における行為者の内心状態の詳細およびその行為との心理的関連性を確定しこれを法的に

評価することではなく、当該行為の内心過程の確定と評価の試みの対象ではもはやなくなり、したがってこの種の試みを無意味とさせるような運動経過を「非行為」として爾後の考察から排除することであるならば、「区別」の眼目は当然にこの刑法目的に対応させなければならぬことになり、したがってここでは目的論的概念構成のもとにいわば下限から、「択一的(alternative)」概念としての「非行為」の理念型を呈示し、具体的事案への適用にあたっては問題となる過程をこれと対比することが決定的に重要だ、というのがシェーヴェの見解である。<sup>(62)</sup>

むしろ、「評価」といっても、それが恣意に陥ってはならない以上、何らかの実質的な根拠に基づくものでなければならぬ。シェーヴェはその限りで、ある運動過程において「規制的適合の要素がすでに刑法的評価においてもは全く重要でないとして無視するほどに明瞭に示されているかどうか<sup>(63)</sup>」を眼目とし、ここから「行為性」の限界を、

「ある過程が人間外の因果過程と極めて類似する結果、地震や落雷による損害が問題となる場合と同様に爾後的な考察を加えることが無意味となるようなところに」設定するのである。<sup>(64)</sup> このようにして刑法上の限界づけのための尺度

は、根本的には、もはや「有意的行為」の理念型ではなく、事実上因果法則に従ってのみ経過する身体運動と対応するような「非行為」の理念型との対比において示されることになる。このような観点からは、行為の概念は、とりわけ、「消極的に、これまで爾後的な考察として問題となる責任能力、期待可能性または過失の観点のもとで検討されてきた一切の要素から解放されなければならぬ」<sup>(65)</sup> ず、したがって「行為」と「非行為」との限界のより厳密な規定も、「『行為』の確定後に行われる爾後的な考察の進行からある程度遡及的になされなければならない」ことになる。し

たがって刑法上の行為概念とその定義のために用いられる「意思概念」の限界線も、これと対応して当然に、心理学や精神医学上の意思概念よりはるかに広く引かれなければならないことになろう。「意思」のもつ諸側面はいづれに



せよ、刑法では特殊な考察の進行段階においてその都度検討されるわけであるから、「行為」の場面ではそれは、シェーヴェ自身の言葉によれば、「爾後的な考察段階において検討されるべき『意思問題』の側面を誤って先取するという危険を冒さないほどに」広く引かれなければならないのである。<sup>(66)</sup> 具体的には、「意思」のもつ諸側面のうち「方向性」の問題は「故意」の観点から、不注意または失敗の問題は「過失」の観点から検討され、「自由の程度」の問題は責任能力の問題として扱われるとすれば、意思のもつ重要な側面はほとんどすべて特殊な考察段階に留保されることになり、その結果、「非行為」として爾後的な解明から排除される運動過程はほとんど残らないことになろう。

いずれにしても、以上のような着想からは、「非行為」の概念は本質的に狭く、「行為」の概念は本質的に広く把握され、行為の定義のために用いられるべき「意思の概念」もこれに依じて、「行為」と「非行為」の限界領域では、一般的な、とくに心理学、精神医学上の用語法ともももは一致しない。つまり、後者の用語法からすると統制のない態度または「非有意的」態度とみられるものも法的行為概念の意味では「有意的」ないし「意思的に統制された」態度として理解されなければならない態度もあるということになるが、しかしこの不一致は態度の刑法的側面からの誤解ないし擬制を意味するのではなく、それは「行為」という法的概念との関連で「意思概念」に与えられなければならない意義に対応したものにすぎないのである。<sup>(67)</sup> しかしそうすると、ここで「意思」という言葉を用いること自体がそもそも不適切であるともいえよう。そこでシェーヴェも、これに代えて、むしろ『行為』は結果および環境に係づけられた目的的な態度と示す方がよい」という。しかしこれは、シェーヴェ自身もいう通り、純用語法上の問題である。要するに、「目的的に統制され、環境に係づけられた一切の過程を包含する」、極めて広く理解された「意思概念」だけが実際のであり、刑法が「行為」と「非行為」とを区別しようとする趣旨、したがって法概念の目的論

的解釈に対応する、とシェーヴェはいうのである。<sup>(68)</sup>

五 さて、ここでわれわれの本来の課題、すなわち、激情行動は行為性を示すかという問題にたち返えらう。右にやや詳しく述べたシェーヴェの所説に依る限り、激情行動も刑法上の「行為」であることは明らかである。激情行動において、「非有意的」ないし「無意識的」態度を主張する心理学または精神医学上の所見は、刑法上の「行為」または「非行為」についての判定にとって決定的な契機を与えないし、またある過程を「非行為」と資格づける現実的な契機も与えないからである。もしこれらの専門科学が「非有意的」ないし「反射的」態度を主張するならば、それは自己統制の欠如、したがって「自由の程度」の問題であるから、刑法的には責任能力の側面のもとではじめて検討されることになる。激情行動も、行為者が意識的統制によって事象に参与する可能性をもつかどうかとは全く関係なく、シェーヴェによれば、法益侵害(傷害、殺人など)に「向けられている(Berichtet)」のであり、統制された行為であるが、ただここでは統制は無意識的に経過するにすぎないのである。したがってたとえば、衝動的に傍にあつた刃物で被害者を突き刺した行為はともかくも結果を、目指した(Gezielt)といっているのである。

もっとも、この帰結については学説上ほとんど異論はなく、また実務においてもこのような場合はせいぜい故意または責任が問題となるにすぎない。その意味ではシェーヴェの帰結それ自体は殊更に新味のあるものではない。しかしその論拠については、これまで刑法学者の間ではほとんど十分に論議されることはなかったが、シェーヴェがはじめて他の分野と立場との範疇的連関を概観しながら、「全く信頼しうる」「事物」理解に基づき、具体的な論拠を呈示したといえよう。<sup>(69)</sup>したがってそれだけに、彼の所説が学界へ投ずる波及効果も大きいといふべきである。

そこで最後に、シェーヴェの所説とそれに基づく具体的な提案をこれまでの主要な行為論と対比させつつ、その意

義と問題点の若干を検討しておこう。

六 (1) いわゆる因果的行為論は、「意思」を自然的な意味において理解し、これにより反射運動や睡眠中の動作など無意識的動作は意思とは無関係な態度として行為概念から排除しようとする。ところで、「自然的な」意思はここでもそれ自体としてはその限界は本来流動的であるとすれば、激情行動や半自動的に経過する反応をもその行為概念にくみ込むことはできないはずである。そこで、この理論の代表的提唱者であるバウマンは、半ば自動的に経過する反応は反射運動と同視すべきではなく、「行為」とみられるべき理由として、ここでも「半自動的な、その細部においてつねに意識されているとは限らない身体運動の統制が存在する」ことを挙げている。<sup>(70)</sup>これは、はっきりとはしないが、自動的な反応も「半ば」は、または全体としてはなお意識的に統制されているような印象を受ける。しかしこの意識の「半ば」もなお欠如するときほどのように判断すべきであろうか。いずれにしても因果的行為論にとっては、結局のところ、意識が最少限不可欠であり、意思要素による以外に行為を他の因果過程から区別できない。<sup>(71)</sup>そうである以上、当初の目的的行為論と全く同様、激情行動もその基準によって把握することはできないのである。

(2) これに対し、「行為」を「社会的に重要な態度」または「予見可能な社会的結果に向けられた一切の客観的に支配可能な態度<sup>(72)</sup>」とする社会的行為論の立場は、行為概念のきわめて広い理解を示しているだけに、激情行動はむしろ半自動的に経過する反応もこの行為概念にくみ込むことは容易である。しかしこの理論にとっての決定的な問題点は、われわれが当面する実質問題をこの理論が提示する基準、すなわち「意思による客観的支配可能性」によって有効に解決しうるかにある。この場合、「意思」はもはや自覚的、したがって主観的なものとしては理解されていない。この理論はもともと、「有意性」とか「(主観的)目的性」といった自然的要素を行為概念にもちこむことは一般行

為概念にとって障害となるのでこれ除去ないし客観化するという方向で発展してきたものである。<sup>(73)</sup> エンギッシュ (K. Engisch) がまず、「行為者人格の主観的拘束性」から行為概念を解放するために、「主観的目的性」に代えて目的志向性 (Be Zweckbarkeit) なしし予測可能性 (Berechenbarkeit) という意味での「客観的目的性」の要素を強調した。<sup>(74)</sup> マイホーファーがこれをさらに徹底させ、「行為」と「非行為」との区別は、刑法的な意味では、「特定の人間の予見と支配」にあるのではなく、「人間は一般に何を『なし (Leisten)』またなしえないか」に従って規定されねばならず、「人間的可能性」が決定的な尺度であるとするにいたった。<sup>(75)</sup> 「自然主義的考察方法の残滓」のいっさいを行為概念から一掃するこのような帰結にいたって社会的行為論の最も極端な立場が表明されたといえるが、しかしその反面、この「支配可能性」の基準によっては非行為排除機能を有効に果しえないことは、すでにヘルツベルク (R. D. Herzberg) が反射運動について論証したところである。<sup>(76)</sup> すなわち、いわゆる身体反射 (Körperreflex) はこの理論によっても、それは支配可能でないという理由で一致して行為性が否定されているが、<sup>(77)</sup> 支配可能性を「人間的可能性の限界」といった一般的な尺度で規定するかぎりでは、必然的にこの帰結にいたるとはいえないからである。<sup>(78)</sup> なぜなら、「膝筋反応の検査中にこの反応で医者脛骨を打った看者、くすぐられて花びんを壊した者、よろめいて窓ガラスを突き破った無力な老人は、もし意思のより強い、または鈍感な、または敏捷な人間が同じ状況にあったらその身体を支配しえたであろう」ことを理由に、彼らも構成要件該当の『行為をした』といえよう」からである。こうして支配可能性の基準だけからは、反射運動だけにかぎらず、不可抗力 (vis absoluta) と認められる場合でも、ほとんど全体として支配可能としなければならず、行為概念はそれゆえに限界機能たることを失う。いずれにしても、支配可能性の基準は事物そのものに内在する性質にかかわらないのであるから、ある事象経過を行為とみうるかの判

断にあたってはきわめて疑わしい確定しかなしえないであろう。支配可能性の視点は、むしろシェトラーテンヴェルトのいうように、「そのなかで行為概念の適切な限界が求められなければならない原理的な方向を示すにすぎない」のである。<sup>(79)</sup>

(3) 社会的行為論はともかくも、求められるべき行為概念の原理的な方向を呈示した。残る問題はしたがって、事物内在的な契機によってこれを具体化することである。そこでもし、激情行動ないし自動化された反応ということ意識的な目的性および有意性という基準が役立たないとすれば、これらの行動をたとえば純粹の身体反射と區別する要素としては、たとえ無意的であれ、「統制 (Steuern)」の契機を目指すほか、ほとんど解決の道はない、といえそうである。<sup>(80)</sup> この道をほかならぬヴェルツェル自身が拓き、その高弟シュトラーターテンヴェルトが歩む。

ヴェルツェルは、その最晩年の論文において、主観的目的性はそれ自体としては行為の決定的な要素ではないと認めるにいたった。<sup>(81)</sup> すなわち彼は、統制と操縦は行為遂行を方向づける目標に定位するということを目的性を表示するのは、努められた目標が行為の決定的な契機であるかのような印象を与えるので、狭すぎるという。<sup>(82)</sup> 行為遂行の方向づけは努められた目標を考慮してのみ目的的性格をもつ以上、いずれにしても過失行為の場合には、疑いもなく「この目標は法的に重要でなく」、したがって「必然的にすべての目的的連関は法的に重要でない」ことは、すでにアルトゥール・カウマンが指摘した通りである。<sup>(83)</sup> ヴェルツェルはこの指摘を容れ、過失行為において「刑法的に重要な目標ではなく、統制である。なぜなら、後者だけが不適切ないし不注意でありうるからだ」という。しかし過失行為において統制の契機が決定的に重要であるならば、それは翻って行為の全構造に及ぶものでなければならぬ。そこで、ヴェルツェルも、「目標に定位する統制は行為の最も重要な場合であるが、しかしただそれだけではない。目

標は(法的に)重要でありうるけれども、統制と操縦はそれ自体、つねに法的に重要である」とし、統制をもって行為の決定的な契機とするにいたったのである。しかしそうすると、このような事態を表示するのに「目的的行為」という名称を用いることは適切でない、ということにならう。ヴェルツェル自身、この名称に代え、「サイバネティック(kybernetische)行為」という名称を提案するのであるが、この名称の是非はともかく、<sup>(84)</sup>いづれにせよこの認識により、「盲目的」因果性と「目に見える」(意識的)目的性の対置という、目的的行為論の当初のテーゼはほとんど意味を失ったというべきであろう。と同時に、これによって「無意識的統制」の可能性へと向けて道が拓かれたのであり、従ってここにシェーヴェの考察方向の重要性が浮び上ってくるのである。

七 激情行動における心理的事態は、いづれにしても、これまでほとんど適切に考慮されることのなかった困難な問題性を刑法上の行為概念にもたらした。ここでは以前の意識的統制の場面へと立ち帰ることはほとんど無益であり、したがって場合によっては、態度の「意味」が理解されるに先立って、無意識的な諸連関を説明することが必要となる。しかしこのような、まさに行為者自身の中に隠されたままになっている諸連関にかかわると、それでもなお、実質的に明確な限界線を引きうるかは、シュトラーターヴェルトとともに際立って困難な問題であるといわねばならない。<sup>(85)</sup>この点を考慮すると、シェーヴェが、人間を含めすべての有機的生命体には広範囲にわたって規整する無意識的な統制過程がみられるという基本認識に立ち、法概念の目的をも相応に考慮しながら、ともかくも前述のような基準を設定したことはきわめて重要であり、またその基準そのものも従来の行為論が提示するものと較べてはるかに説得力があり、優れているといえよう。

しかしそれでも、シェーヴェの所説には若干の根本的な疑問点がある。まず第一に、シェーヴェの所説によれば行

為の概念規定は爾後的な考察から遡及的になされなければならないことになるが、これは、体系的思考のもとで充分であろうかということが問題となる。さらに、シェーヴェのいう「規制的適合の要素」が全く重要でないとして無視しうるかの判断が刑法的評価においてなされなければならないとすれば、社会的行為論におけると同様、ここでもやはり、価値的な不法要素を先取りすることになって、「評価の対象としての行為に過多の要求をもち込み」、不当前提 (Petitio Principii) の誤りを冒すという批判を免れないことになる<sup>(86)</sup>。

他方、「行為」と「非行為」との限界を識別するための、きわめて広く理解された「意思概念」もそれ自体としてはきわめて不明確だというほかはない。たしかに、その他の関連でもなお重要な意味をもつ「意思」の概念を「行為」の場面で消耗し尽してしまうことは無意味であろう。しかしそれにしても、「意思」を「行為」の場合では単に結果ないし環境に関係づけるだけでは、実質的な基準としては余りにも具体性を欠き、結局はすべてを規範の問題に還元してしまうことになりかねない。

もっとも、この結果ないし環境被関係性という考慮に、「非行為」排除の実質的基準を近づける契機がないわけではない。というのは、この考慮により、いく分別の見方ではあるが、結局のところ、「無意識的な目的性」の限界と接するところにシェーヴェが提示した境界線も落ち着くことになるからである。そうすると、より実質的な問題は、要するに、当該反応が意識的統制にも親近性をもちうるか、ということに帰着するであろう。

一般に、激情行動さらには自動化された運動や短絡行動は意識的にも統制しうるとみられるが、たとえば膝筋反応、けいれん発作やよろめきなどのような純粋な身体反応では意識的統制の可能性はない。これらの反応経過は諸原因の一定の集合に対する純粋な反応であり、したがって結果へと方向づけられていず、また環境に対する人格的応答であ

るともいえない。これらは無意識的目的性の限界をすら超えるもので、統制ないし操縦の契機が介在する余地も全く存在しない。そうするとここで決定的に重要なのは、無意識統制の限界ということになる。シュトラーターテンヴェルトはもっぱらこの点に着眼し、ここに実質的基準を設定しようとする<sup>(87)</sup>。彼によれば、たとえば比較的強い咳の発作も意思の緊張によって抑制しうる。この場合はむしろ、態度の経過は經驗的に条件づけられ、その限りで状況に依存するが、これに対し、たとえば驚愕時の畏縮のような身体運動は状況への本来的な(人格的)応答としては現われない反応として、統制の契機により行為概念から排除される。したがってここで「統制」とは、積極的に規定すれば、「つねに意識的にもとりえたであろうような態度の規整」を意味するわけである。これにより、「非行為」との限界は、無意識統制もはや存在しないところ、いかえれば、「無意識的に経過する自己の態度へと意識的に連絡する可能性」が排除されているところに設定される<sup>(88)</sup>。

このような実質的基準の実際的な有効性についてはなお、他の分野、とりわけ事故を誘発する誤った反応(Fehlreaktion)と過失行為との関係、さらにはいわゆる無意識的酩酊状態(Sinnlose Trunkenheit)における行為能力との関連で具体的に検討されなければならないであろう。これはしかし本稿の直接の主題には属さないので、その詳しい検討は別稿に譲らざるをえない。ここでは、少くとも激情行動との関係において、この基準は、それが行為者とその態度との現実的、関係を示す限りにおいて「潜在的目的性」や「支配可能性」といった単なる関与可能性に対し、より積極的かつ具体的に行為を限界づけるものであり、また、それは無意識的統制それ自体で意識的支配の可能性のための実質的根拠とするのであるから、たとえば「回避可能性」を基準とする場合<sup>(90)</sup>に生ずる厄介な仮定問題から行為概念を解放する。さらに、シェーヴェの提案にみられるような刑法的評価の先取りという批判も回避しうるであろう。



いずれにしても以上の考察により、極度の激情発作、およびこれに類するその他の極限状態においてなされた犯行も無意識的に統制されているとして、相応する意識障害をもつばら故意ないし責任能力の視点のもとに論議する考察態度の妥当性は十分に論拠づけられたように思われる。行為概念が刑法的評価の対象となりうる態度を限界づけようとする機能に着眼するかぎり、極度の激情下の犯行を「非行為」とする帰結を無理に引き出さねばならない理由は全くないからである。<sup>(91)</sup> こうして、激情行動とその法的概念規定をめぐるより実質的な問題は次の故意論へと移されるのである。

(つづく)

- (1) 刑法上の行為概念をめぐる学説の状況について詳しくは、拙稿「行為論の現状」法学教室〈第二期〉6(ジュリスト別冊)一二三頁、「行為論の課題と展望」現代刑法講座第一卷(昭和五二年)二一七頁以下参照。
- (2) Vgl., Schönke-Schröder, Kommentar, 19. Aufl., § 13 ff., Vorbem. 39. なお、拙稿「行為論の機能」刑法総論(大谷・宮沢編昭和五二年)八六頁以下参照。
- (3) 平野龍一・刑法総論 I (昭和四七年)一〇六頁。
- (4) Vgl., Schewe, a. a. O., S. 26 ff. u. 143.
- (5) Vgl., Schewe, a. a. O., S. 24, 46, 143.
- (6) Schewe, a. a. O., S. 24. Vgl., Schönke-Schröder, a. a. O., § 13 ff. Vorbem., 40.
- (7) Vgl., Schönke-Schröder, a. a. O., Vorbem., 41. I. Maurach, A. T., S. 189.
- (8) Vgl., Schönke-Schröder, a. a. O., Vorbem., 42. 2. なお、つわもの完全酩酊 (Vollrausch) はドイツ刑法ではそれ自体可罰的であるとされる (§ 330a) のに対し、無意識的酩酊はその程度をも越えるものとして、場合により行為能力そのものを否定する余地をも認められた判例として、Vgl., BGH St. 1 126, BGH NJW 1952, 194, OLG Celle GA 1956, 360, OLG Hamburg VRS 13 205, OLG VRS. 15, 202. なお、つわもの完全酩酊については、Vgl., Schewe, a. a. O., 40 ff.
- (9) Vgl., Schöke-Schröder, a. a. O., 43. 3. OLG Hamburg JR 1950, 409, OLG Hamm NJW 1975, 657. つわもの完全酩酊

- じへせ' Schewe, a. a. O., S. 31 ff.
- (9) Vgl., Schewe, a. a. O., S. 42.
- (11) Vgl., Schönke-Schröder, a. a. O., Vorbem. 44. OLG Frankfurt VRS 28, 364, OLG Hamm JZ 1974, 716. Schewe, a. a. O., S. 34 ff., Stratenwerth, Welzel-Festschr., S. 289 ff.
- (12) AG Castrop-Rauxel DAR 1965, 331. Mezger LK 8 Aufl., § 51 Vorbem., II 6 a bb.
- (13) Vgl., OLG Hamburg a. a. O., OLG Hamm a. a. O., Schewe, a. a. O., S. 71 ff., Stratenwerth, a. a. O., S. 229 f. なお' j'の問題が行爲性の具体的な判定基準を求めるに当たって重要な意味を有するべきであるのにもかかわらず' 本稿の直接の課題ではないので' その詳しい検討は別稿を予定せよとせざるを得ない。
- (14) Mezger, a. a. O., Vgl., Schönke-Schröder, Vorbem., 42. Schewe, a. a. O., S. 27 ff..
- (15) OLG Hamburg, JR 1950, 409.
- (16) Vgl., Schönke-Schröder, a. a. O., Vorbem., 43. Schewe, S. 31.
- (17) Keller, a. a. O., S. 87. Stumpfe, a. a. O., S. 47.
- (18) なお' j'の成立に於て' v. Baeyer, Medizinische Anthropologie in ihrer Bedeutung für Ärzte und Richter, in: Werden und Handeln (1962) S. 313 せ' 刑事上の激情なるは短絡行動の大部分はj'のようは一見全く盲目的で非有意的であるが' 「ならぬかたにかなやた (Sichgehenlassen)」と云ふ点に責任を問ふる場合がある」というが、実質的な限界については' j'以上のj'とせざるを得ない。Vgl., Schewe, a. a. O., S. 29.
- (19) Schewe, a. a. O., S. 26, 144.
- (20) Schewe, a. a. O., S. 27.
- (21) Vgl., Gehlen, A., Anthropologische Forschung, 1961, S. 48 ff.. 亀井・滝浦訳・人間学の探究(一九七〇年)二〇頁以下。
- (22) Kaufmann, Arthur, Die ontologische Struktur der Handlung, in: Schuld und Strafe, 1966, S. 47. 拙訳「行為の存在論的構造」同志社法学二二二号九七頁。
- (23) Kaufmann, a. a. O., S. 44. 前掲訳九四頁。

- (24) Vgl., Schönke-Schröder, a. a. O., Vorbem., 40.
- (25) Kaufmann, a. a. O., S. 57 f. 前掲記一〇四頁以下。
- (26) Kaufmann, a. a. O., S. 59. 前掲記一一六頁。
- (27) Welzel, H., Persönlichkeit und Schuld, ZStW 60, S. 428 ff., in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 185f., 217の註用註がその版である。
- (28) Scheller, M., Die Stellung des Menschen im Kosmos, S. 47 f.
- (29) Gehlen, A., Der Mensch, 1940, S. 31, 46 ff., 410 ff. なお シューラーとゲーレンの人間学の特徴は、Rothacker, E., Philosophische Anthropologie, 1964 谷口茂訳・人間学のすすめ (昭和五三年思索社) 八六頁以下参照。
- (30) Welzel, a. a. O., S. 188.
- (31) Welzel, a. a. O., S. 189.
- (32) Welzel, a. a. O., S. 190.
- (33) Rothacker, Die Schichten der Persönlichkeit, 1938, S. 44, 54 ff. Klages, Vorschule der Charakterkunde, 2 Aufl., 1936, S. 28. なお ローマンカー前掲記書一〇二頁以下、一一三頁以下参照。
- (34) Welzel, a. a. O., S. 193.
- (35) Welzel, a. a. O., S. 197 ff.
- (36) Welzel, a. a. O., S. 199.
- (37) この点については、拙稿「刑法学の方法に関する一考察」社会科学論集二二号二四頁以下参照。
- (38) Welzel, Das Deutsche Strafrecht 11 Aufl., 149 ff. なお 福田・大塚訳・目的的行為論序説 (昭和四六年) 六六頁以下。
- (39) Kaufmann, a. a. O., S. 60. 前掲記一〇六頁。
- (40) Heiß, Allgemeine Tiefenpsychologie, 1956, S. 283. なお この点については、Lersch, Aufbau der Person, 6 Aufl., S. 199. Keller, Psychologie und Philosophie des Wollens. 1954, S. 87, 260, Rothacker, Die Schichten der Persönlichkeit 5 Aufl., S. 167. などによる。
- (41) Jeschek, H. H., Der Strafrechtliche Handlungsbegriff, Englisch-Festschr., S. 148.

(42) Henkel, H., Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964, S. 184. ヘンケルは「衝動刺激の領域では「自我II層」における熟慮と計画による統制は欠如する例として、次のようなものを挙げてゐる。すなわち、憤激状態で「うさ晴らしをするため」他人の器物を損壊した者は、うっ積して耐えがなくなった感情を爆発させるといふ傾向において確かに目標を志向した実現活動を行っているが、しかしそれは思考と計画によって特徴づけられる「自我II層」の関与なしに行われている<sup>2)</sup>。

- (43) Vgl., Schewe, a. a. O., S. 99 ff.
- (44) Schewe, a. a. O., S. 144.
- (45) Schewe, a. a. O., S. 145.
- (46) Kaufmann, a. a. O., S. 60. 前掲註1〇六頁。Vgl., Rothacker, Die Schichten der Persönlichkeit, S. VI, 73. Hanser, R., Psychologie als Lehre vom menschlichen Handeln, S. 23.
- (47) ハネビの「うさ晴らし」Vgl., Schewe, a. a. O., S. 54 ff.
- (48) Schewe, a. a. O., S. 69.
- (49) Schewe, a. a. O., S. 68.
- (50) Vgl., Stretenwerth, ZStW. 85, S. 471.
- (51) Vgl., Schewe, a. a. O., S. 47 ff.
- (52) Schewe, a. a. O., S. 52.
- (53) Schewe, a. a. O., S. 68 ff.
- (54) Schewe, a. a. O., S. 32, 55, 54.
- (55) Schewe, a. a. O., S. 58.
- (56) Schönke-Schröder, a. a. O., Vorbem., 44.
- (57) Kaufmann, a. a. O., S. 56. 前掲註1〇三頁。Maihofner, Vgl., Allg. T., S. 44, Der Soziale Handlungsbegriff, E. Schmidt-Festschr., S. 171. Leferenz, ZStW 70, S. 38. なお「拙稿前掲「行為論の課題と展望」二二〇頁参照。
- (58) Kaufmann, a. a. O., S. 62. 前掲註1〇八頁。

- (65) Schewe, a. a. O., S. 68.
- (66) Vgl., Schewe, a. a. O., S. 59.
- (67) Schewe, a. a. O., S. 144.
- (68) Schewe, a. a. O., S. 70.
- (69) Schewe, a. a. O., S. 71.
- (70) Schewe, a. a. O., S. 146.
- (71) Schewe, a. a. O., S. 71, 72.
- (72) Schewe, a. a. O., S. 72.
- (73) Schewe, a. a. O., S. 75.
- (74) Schewe, a. a. O., S. 76.
- (75) Vgl., Stratenwerth, ZStW 85.
- (76) Baumann, Allg. T., 7 Aufl., S. 193.
- (77) Vgl., Stratenwerth, Unbewußte Finalität? Welzel-Festschr., S. 294.
- (78) Jescek, Allg. T., 2 Aufl., S. 168, Maihofer, a. a. O., S. 178. 上の理論の基本的立場と問題点につき、前掲拙稿「行為論の發展と批判」二三二頁參照。
- (79) Vgl., Jescek, Der Strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung, E Schmidt-Festschr., 1961, 142 ff.
- (80) Engisch, K., Der finale Handlungsbegriff, Kohlrausch-Festschr., 1944, S. 164. Vom Weltbild des Juristen, 2 Aufl., 1965, S. 38.
- (81) Maihofer, a. a. O., S. 177.
- (82) Herzberg, R. D., Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip, 1972, S. 166 ff.
- (83) Vgl., Jescheck, a. a. O., S. 169 f.; Maihofer, a. a. O., S. 179. なお、西原春夫・刑法総論(昭和五二年)八一頁をも參照。

- (78) Herzberg, a. a. O., S. 166.
- (79) Stratenwerth, a. a. O. (Welzel-Festschr.), S. 299; Vgl., Schewe, a. a. O., S. 37 ff., Jakobs, G., Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 80.
- (80) Vgl., Stratenwerth, a. a. O., S. 219.
- (81) Welzel, zur Dogmatik im Strafrecht, Maurach-Festschr., 1972, S. 3 ff.
- (82) Welzel, a. a. O., S. 7.
- (83) Kaufmann, Jus 1967, S. 150 宮沢浩一訳「目的的行為論と過失」法学研究四〇卷七号四五頁。
- (84) Welzel, a. a. O., S. 8.
- (85) Vgl., Stratenwerth, a. a. O., S. 301.
- (86) Vgl., Stratenwerth, a. a. O., 302. なお、団藤・刑法綱要総論四九三頁参照。
- (87) Stratenwerth, a. a. O., S. 299.
- (88) Stratenwerth, a. a. O., S. 300. なお、これとはほぼ同旨とみられ、Jakobs, a. a. O., S. 80; Schänke-Schröder, a. a. O., Vorbem., 44.
- (89) Vgl., Herzberg, a. a. O., 174 ff.
- (90) Vgl., Stratenwerth, a. a. O., S. 301. したがって、わが国において行為性が否定された唯一の判例である大阪地裁昭和三七七年七月二四日判決(下級刑集四卷七・八号六九六頁)の事案は、本来は責任能力の問題として扱われるべきであったのである。これについて詳しくは、拙稿「行為性が否定された事例」刑法判例百選Ⅰ総論(別冊ジュリスト57)四〇頁参照。