

## 資料

〔外国文献紹介〕

早稲田大学刑事法学研究会

グリシャ・メルケル

## 「自動化された行為態様の当罰性について」

仲道祐樹

## 一 はじめに

わが国の裁判例において、被告人の態度の行為性が問題となったものとして、大阪地裁昭和37年判決がある。<sup>(1)</sup>同判決では、行為性の否定という論理によって被告人は無罪とされた。しかし、その後の判例において行為性が問題となった事案は見受けられず、また、行為論をめぐる議論自体が過度に観念的となったこともあって、わが国における行為性に関する議論は活発とはいえない状況となっている。<sup>(2)</sup>これに対して、ドイツにおいては、判例上行為性が問題となった事案が散見されることから、<sup>(3)</sup>具体的な事例を素材に、行為と非行為の限界についての議論が今なお行われている。そこでは、純粋に生理的な事象、反射運動、無意識状態での態度、絶対的強制下での態度などについて一般に非行為とされている。<sup>(4)</sup>これに対して、自動化された行為態様、すなわち「長い間の練習によって行為の準備ができており、それが場合によっては意識的な熟慮なしに運動に転化する」<sup>(5)</sup>場合については、その行為性が判例・通説によって肯定されているもの<sup>(6)</sup>、それを肯定する決定的な論拠は<sup>(7)</sup>いまだ明らかではないと評価されている。

このような状況の中で、自動車運転における自動化された行為態様の当罰性を論じたのが、グリシャ・メルケル「自動化された行為態様の当罰性について」<sup>(8)</sup>である。メルケルは、この問題について、刑罰目的論の観点から行為と非行為の区別を行うというアプローチを採用しており、注目に値する。また、自動化された行為態様をめぐる問題自体が、わが国の刑法学にとっては馴染みのないものであり、これを紹介することにも意義がある<sup>(9)</sup>と考える。以下では、同論文の概要を紹介し、若干のコメントを付すこととする。

## 二 メルケル論文の概要

学説では、自動化された行為態様の当罰性には、十分な説明がなされているとは考えられていない。自動化された行為態様の特徴は、以前に習得した運動が、外界からの刺激によって呼び出されている点にある。多数説の行為概念は、刑法上重要な運動について、意識的なコントロールを要件としているが、まさにこのメルクマルが、自動化された行為態様には欠けているように見えるため、問題が生じる。判例に従っても、意思の存在や、意思による支配可能性が認められない場合には、行為は認められない。にもかかわらず判例は、今日では自動化された行為態様の当罰性を認めている。以下では、判例に現れた交通事故の事例を手がかりに、私見の基本思想を素描する。

### Ⅰ 「自動化された行為態様」と「無意識的反応 (Spontanreaktion)」の概念について—とりわけ、「小動物事例 (Kleintier-Fall)」と「蠅事例 (Fliege-Fall)」を手がかりとして—

行為と非行為の限界の問題については、とりわけ以下の二つの事例が有名である。第一の事例は、フランクフルト高等裁判所の「小動物事例」である。<sup>(9)</sup> 被告人がアウトバーン上を走行していたところ、突然自車前方に小動物が現れた。被告人は、ハンドルを左に切り、それによっておよそ45度の角度で追越し車線を横切り、中央ガードレールに衝突して、その後横転した。その際、同乗者が死亡したため、被告人は過失致死罪で有罪とされたというものである。第二の事例は、ハム高等裁判所の「蠅事例」である。<sup>(10)</sup> 被告人がゆるやかな右カーブを通過していたところ、開けていた自車の窓から蠅が入り込み、被告人の目に向かって飛んできた。被告人が手で蠅を防いだところ、この動きが、ハンドルを保持していた他方の手に伝わり、それによって車体のコントロールにも伝わった。そのため被告人は車両のコントロールを失い、対向車と衝突した。双方の車に乗っていた者が傷害を負ったため、被告人は過失傷害罪で有罪とされたというものである。

判例は自動化された行為態様を、反射行動に近いものと解している。また、一部の学説によっても、自動化された行為態様は、反射類似のものとして理解されている。

両者の区別は、連邦通常裁判所 (以下、BGH) の「警部 (Kriminalhauptmeister) 事例」が示すように、<sup>(11)</sup> 依然として困難である。事案は、被告人が小競り合いの際に、相手が銃を奪いに来るのを防ぐためにこれを握持していたところ、その銃で相手を射殺したというものであるが、BGHは、反射と自動化された行為

態様の区別について以下のように述べる。「反射は、『外界から神経系に至る刺激によって直接に引き起こされる』運動であり、〔中略〕それは刑法上の意味における行為ではない。これに対して、自動化された行為態様は刑法上の行為とみなされる。そこでは反応は、『長い間の習慣と練習の結果として、外的な刺激によって直接かつ広範に無意識的に引き起こされている』」と。

それゆえ反射概念は、純粹に医学的・生理的な意味に接近する。これに対して、以前に習得した運動は、反射概念に包括されるべきではない。もっとも、反射運動や日常的な運動の基礎にも、以前に習得した何らかの自動作用は認められるので、自動作用はほとんどすべての刑法上重要な行為に含まれる。自動化された行為態様と区別するため、行為に付随するこの種の自動作用を「無意識的反応」と呼ぶこととする。

## II 行為としての自動化された行為態様？

ハム高等裁判所の「蠅事例」とフランクフルト高等裁判所の「小動物事例」においては、被告人の態度の行為性が問題とされ、ともに肯定された。ハム高等裁判所は、本件のような異物を防御する意思が反応運動に転化するまでの経過が速いにもかかわらず、この経過にはいかなる意思的な動機も欠落しないのであり、その結果、当該防御運動においても、刑法上重要な態度が認められるとした。しかし、ハム高等裁判所が「意思」という概念の下で何を理解しているかは不明確である。

また、フランクフルト高等裁判所は、半意識的あるいは無意識的な行為の準備から生じる行為態様にも行為性が認められるとし、自車の前方を小動物が走った際、自車を左方向に操作するという被告人の態度に、「無意識的な目的統制」を認めた。

「無意識的な目的統制」という概念を最初に定義しようと試みたのは、シュトラーテンヴェルトである。自動化された行為態様の行為性に関する彼の考察は、ヤコブスの考察を除いて、大方の好評を得ていた。それゆえ、以下では両者の見解を検討する。

シュトラーテンヴェルトは、自動化された行為態様の問題に鑑みて、従来「意識的なもの」として定義されていた目的統制概念を拡張し、これを無意識的統制によって補われるべきものとした。すなわち、統制とは、常に意識的にも引き受けられえたとであろうような行為の調節（Regulation）であり、自動化された行為態様という構造の行為は、常に意識的統制によっても実行されうるのである。確かに自動化された行為態様は、もともと意識的に学習された運動であるときとみなされているため、これはさしあたり説得的に見える。しかしながら、運動

経過がひとたび自動化された場合に、それが行為者によって再び意識的に引き受けられえたとであろうということを認めるには、その構造を指摘することは十分な論証ではない。ここで必要とされる個々の自動作用をすべて意識的に引き受けることは、ほとんどなされないであろう。また、無意識的な行為態様を意識的な行為態様と規範的に同視する根拠が明らかではないのも問題である。さらにいえば、自動化された行為態様が、その習得過程において意識的に行われていたということは、所為時点での責任帰属にとっては何の結節点も提供しない。シュトラテンヴェルトのような理解は、行状責任による帰属を認めることに繋がるのである。

これに対して、ヤコブスは、法に忠実に自己を動機付ける事実的な可能性が重要であるとする観点から、行為の特定に際して、規範違反の回避可能性を問題とする。ここからヤコブスは、自動化された行為態様の事例を以下の三つに分類する。第一に、自動作用自体が事前の反対動機形成によって止揚可能である場合、第二に、自動作用がすでに進行しているが、意識的な介入によってこれを妨げうる場合、第三に、いずれの時点でも回避不可能な場合がこれである<sup>(13)</sup>。第一の類型において、反対動機を形成しない場合には、自動化された行為態様自体に行為性が認められる。第二の類型では、自動作用自体は行為ではないが、事象経過に介入しなかったという不作為が問題となる。第三の類型では、自動作用は行為ではなく、介入行為を行わないことは不作為ではないが、状況の引き受け (Übernahme der Situation)<sup>(14)</sup> に基づく答責性が問題となる。この分類は、回避可能性の重要性に照らして合理的であるように思われる。もっともこのように、重要な行為あるいは事後的な支配の引き受けにとって結節点となる時点 (Anknüpfungszeitpunkt) を移動させることが、いかなる範囲で十分な解決に至りうるかということは検討されなければならない。

### III 先行する注意義務違反か事後的な注意義務違反か？

高等裁判所も、「蠅事例」と「小動物事例」において、被告人の先行行為 (Vorverhalten) を検討していた。すなわち、注意力を高める可能性を事故の原因となった出来事以前に認め、被告人にそれに対応する注意義務を要求したのである。ハム高等裁判所は「蠅事例」において、窓を開けて運転する場合には異物が飛び込んでくるのが予想されるべきであること、運転者はそれに過剰反応しないように準備ないし注意しなければならないこと、過剰反応しそうな場合には集中を高めておくことを要求した。またフランクフルト高等裁判所は、「小動物事例」において、小動物の出現を乗車前に、あるいは遅くとも暗くなり始めた際に想起することを要求した。

これに対して批判されるべきは、両事例において、一般に「許された危険」と評価されるような行為に行為無価値が認められていることである。刑法上の結果を直接惹起した回避不可能な自動化された行為の事例すべてにおいて、先行責任が肯定されるわけではない。

問題として残っているのは、人間が意識的に介入することで、自動的に開始された行為態様のコントロールを直接に引き受けられるかである。意識は、すでに始まっている反応に一種の「調整方法」として作用するのであり、これによって、事後的なコントロールを怠ったことの非難可能性も問題となる。しかしながら、「小動物事例」と「蠅事例」のように、車両のコントロールを即座に失うことがありうるのであり、その場合には、もはや反対行動を取ることができないのである。このような不作為は、結果回避可能性がなく、排除される。「小動物事例」においても「蠅事例」においても、事象はもはや修正不可能であったがゆえに、具体的な事故の危険が発生した後に修正行為を行わなかったということについて、被告人は非難されなかった。また、「警部事例」のように、結果惹起にとっては銃の操作のみが必要である場合、事後的なコントロールの余地がないのは明らかである。

#### IV 自動化された行為態様と反応時間 (Reaktionszeit)

回避可能性を検討するに際しては、同じく交通事故の事例で提起される反応時間の問題との対比が有益である。20世紀初頭以来、判例は、道路交通における自動車運転者の反応時間の問題に取り組んでいる。1980年までの判例によれば、その時間の幅は、具体的な危険状態と被告人の反応能力の影響を受けるものの、対象を視野の周辺部で知覚してからブレーキの反応時間までを含んで、0.6秒から1.0秒、平均で0.7秒から0.8秒とされていた。自動車運転者が自己の個人的な反応時間が進行する前に、突然の出来事に反応せず、それゆえに刑法上の構成要件に該当する損害を惹起するに至った場合、一スピードの出しすぎ等に基づく先行責任が課せられない限りで一責任が欠けるため可罰性は阻却される。

このような考察によっても、なぜ一部の事例では回避不可能な態度としての無意識的反応自体が問題となり、他の事例では一種の先行責任が構成されるのかという問題は解決されていない。この問題にとって意味を持つと思われるのは、自動車運転者に対する危殆化の程度である。

#### V 解決のためのアプローチ

ここまでの考察で明らかになったのは、自動化された行為態様の問題は多くの観点においてなお未解決だということである。反応時間内のあらゆる無意識的の反

応は回避不可能であり、ヤコブスによれば、それらはすべて行為ではないことになる。にもかかわらず、このような無意識的反応をすべて行為概念から排除することは、公正感情に反すると思われる。「蠅事例」判決と、これに賛同する見解が示しているのは、多数説が、日常的状况における無意識的反応の際に、結果帰属を肯定する方向に傾いているということである。例えば、傘を携行した歩行者が、彼の前方で光った光に無意識に反応して、突然かつ「自動的に」向きを変え、その際、傘の先で他者に一撃を加えたという場合に、その歩行者に結果を帰属させないと考える者はほとんどいないであろう。

この点、シュトラーターテンヴェルトによれば、自動化された行為態様は確かに行為であるが、その説明に不十分な点があることは上述の通りである。

行為と非行為の解釈論上の差異を根拠付けるためには、とりわけヤコブスのいう意味での積極的一般予防という刑罰目的に注目するべきである。ここで意味されているのは、規範違反の態度にネガティブな制裁を課すことによる規範秩序の維持である。この目的から導かれるのは、個々の運動や運動経過が、習得のプロセスと原則的に親和的である場合にのみ行為を認めるということである。というのも態度が習得不可能な場合には、規範が行為者には妥当していない、あるいはその行為状況においては妥当していなかったという法的に重要な言明を、その態度は含まないからである。それゆえその態度は、他者を模倣するための有効な結節点ではないのである。例えば、真正の反射運動、癲癇患者や夢遊病者の態度、絶対的強制下や催眠下での態度はこのような言明を含まない。これに対して、自動化された運動経過は、一定の年齢からは原則的に習得のプロセスに親和的である。その例として、自動車運転については、運転練習用のコースがある。

「行為か非行為か」という問題に答えるために習得のプロセスという一般的・抽象的な基準を用いることによって、個々の事例においては、行為が客観的基準に従って帰属可能か否かが区別されるべきである。上述の傘を持った歩行者の場合、日常的な状況が問題となっており、その態度がこの瞬間の行為者にとって回避不可能であったとしても、そこでは他の行為が期待されるのである。その際、先行行為が重要なのではない。およそ成人に期待されているのは、彼が今までにこのような状況に遭遇したことがなく、具体的な事案において反応を抑えることができなかったとしても、そのような状況において慎重に行動することを学んでおくということである。この考察は、「蠅事例」にも転用されうる。「蠅事例」の状況は完全に日常的なわけではないが、まったく異常というわけでもない。本件のような事故は、回避不可能な形でも起こりうる。しかしこの場合、運転者には別の態度が期待されるのである。

これに対して、「小動物事例」においては、状況の危険性は突発的なものであ

った。規範に忠実な人間も、危険な状況では一日常生活とは異なり一、その状況を理解するのにより多くの時間を必要とする。それゆえ、危険な状況においても一回で正しく反応できるように調整する一般的義務を根拠付けることができるかは疑わしいと思われる。したがって、危険な状況においては、ヤコブスが正当にも述べるように、通常の間には、少なくとも反応時間の内部では、積極的態度も消極的態度も帰属されるべきではない。というのも、この場合に誤った反応を回避するには原則的に、危険状況において正しい反応をする特別な能力が必要であるが、それを身につける一般的義務は存在しないからである。しかし逆に、「警部事例」の警部には射撃が帰属される。というのも、すべての武器保持者に期待されているのは、危険状況においても、武器を正しく扱うことで、事故が起これないようにすることだからである。

自動化された行為態様の構成要件該当性にとって重要なのは、それが事実上回避可能であるかである。決定的なのは、行為を回避するために必要な義務が根拠付けられうるかである。その際、要求される注意の基準は、一般的な期待と合致する。

### 三 若干のコメント

まず、メルケルが素材とした自動化された行為態様という問題自体を紹介することに意義がある<sup>(15)</sup>と考える。わが国の多数説も、行為概念に有意性を要求するため、理論上はドイツと同様の問題が生じうる。その際、問責対象行為をどこに定めるべきか、とりわけ、先行行為を問責対象行為とすることができない場合に自動化された行為態様自体を問責することは可能かといった問題について、ドイツに学ぶべきところは多いように思われる。

次に、メルケルが、積極的一般予防という刑罰目的から行為概念を定めるというアプローチを採用している点が注目される。従来の行為概念は、自然主義的<sup>(16)</sup>観点や存在論的観点、社会的観点や人格的観点から行為を把握してきた。しかし、刑法上の行為概念である以上、そこで問題となるのは、刑法の観点から見て重要な行為であり、その意味では刑罰目的論という観点から、刑法との関連を意識して行為概念を構築する<sup>(17)</sup>という視座は基本的に妥当なものであると考える。もっとも、刑法との関連を意識する場合に、手がかりとすべきものが刑罰目的論だけとは限らない。例えば、刑法規範論との関連で行為概念を構築することも可能である<sup>(18)</sup>ように思われる。

さらに、メルケルは、積極的一般予防の観点から、習得のプロセスとの親和性の有無による行為と非行為の区別を提案する。従来の行為概念は、行為と非行為

を区別するに当たり、(行為概念ごとに内容の広狭はあるものの) 有意性という基準を用いてきたことによって、自動化された行為態様の行為性の説明に困難を生じさせてきた。メルケルがこの点から出発して、自動化された行為態様に特有の「習得」という要素に着目し、行為概念を有意性の桎梏から解放しようとした点も重要である。もっとも、そのように有意性から解放された行為概念が、規範による行動コントロールの対象として十分なものであるかはなお検討の必要があると思われる<sup>(19)</sup>。また、その行為概念の射程はどこまでか、客観的帰属との関係はどのようなものかも明らかではなく、今後のメルケル行為理論の精緻化が待たれる。

最後に、メルケルは、習得のプロセスの有無に着目することによって、個々の事案では、客観的な基準による行為の帰属可能性が結論を分けるとしている。メルケルは、危殆化の程度という事案の性質に即して異なった結論を導き出すことを提案し、それを期待という観点から説明しており、この点にも意義があると考ええる。もっとも、その期待の内容については、「一般的な期待」と述べるに留まっており、なお不明確さが残る。すなわち、どの程度の期待までが要求されるのかが明らかではなく、それゆえ場合によっては、その行為を罰することができるように期待を設定することも可能になるのではないかという疑問がなお払拭しきれないのである。この点も今後の精緻化に期待したい。

以上、メルケル論文の意義と若干の不明確な点を指摘したが、そのような点があるということは、メルケル論文の価値を減ずるものではない。むしろ、自動化された行為態様の問題、ひいては行為概念をめぐる問題に新たな知見を付け加えたということで高く評価されるべきである。メルケルが自己の行為概念および期待概念を、今後どのように明確化していくのか、注目する必要があるだろう。

- (1) 大阪地判昭和37年7月24日下級裁判所刑事裁判例集4巻7・8号696頁。
- (2) 平野龍一『刑法総論I』(有斐閣、1972年)105頁の「その議論はあまりにも観念的であり、何のために議論しているのかわからない状態におちいつているときえいえなくはない」という評価を想起されたい。
- (3) 代表的な判例については、vgl. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil* Bd. I, 4. Aufl., 2006, 8/67ff.
- (4) *Statt vieler*, Hans-Heinrich Jescheck, in: *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., 2003, Vor § 13 Rn. 36ff.
- (5) Roxin, a. a. O. (Anm. 3), 8/68.
- (6) Jescheck, a. a. O. (Anm. 4), Vor § 13 Rn. 41. 反射運動と自動化された行為態様を同一視するものとして、Edmund Mezger, in: *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 8. Aufl., 1957, Bem. 6 a) bb) vor § 51.
- (7) Vgl. Theodor Lenckner/Jörg Eisele, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kom-*



- mentar, 27. Aufl., 2006, Vorbem. §§ 13ff. Rn. 41/42.
- (8) Grisca Merkel, Zur Strafwürdigkeit automatisierter Verhaltensweisen, ZStW 119 (2007), S. 214ff. グリシャ・メルケルは、ベルンハルト・ハルトウク (Bernhard Hardtung、ロストック大学) 研究室所属のMitarbeiterinである。メルケルは旧姓を Detlefsen といい、Grischa Detlefsen, Grenzen der Freiheit-Bedingungen des Handelns-Perspektive des Schuldprinzips, 2006 という博士論文を公刊している。なお、原文における文献の注記については、特に重要と思われるものに限って、紹介においても注記した。
- (9) OLG Frankfurt VRS 28, 364.
- (10) OLG Hamm JZ 1974, 716.
- (11) BGH-2StR 329/84 v. 20. 6. 1984 (unveröffentlicht). [紹介者注: 本決定は、原審が被告人の態度を「反射行為」としつつ過失致死罪の有罪判決を下したのに対して、このような判断は矛盾したものであるとして、原判決を破棄したものである。なお、本決定の決定文は、BGHの判決送付サービス (Entscheidungsversand) により入手した。]
- (12) Günter Stratenwerth, Unbewußte Finalität? in: Festschrift für Hans Welzel, 1974, S. 289ff.
- (13) Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, 6/38f.
- (14) 紹介者注: 状況の引き受けに基づく答責性とは、主体が自らを回避不可能な状況に至らしめた態度に基づく一種の先行責任である。Jakobs, a. a. O. (Anm. 13), 6/39は、驚いて過誤のある反応を行ったが、その状況に至ることは回避可能だったという例を、また、ders., a. a. O. (Anm. 13), 6/42は、酩酊状態や睡眠薬を服用した状態で、赤ん坊と一緒に狭いベッドに横になり、睡眠中の運動によりその子を圧死させた母親の例を挙げる。
- (15) わが国の行為論の概観については、山中敬一『刑法総論 I』(成文堂、1999年) 132頁以下参照。
- (16) 行為概念の概観については、vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 3), 8/7ff. わが国において、因果的行為論は消極的一般予防論と結びつき、志向的行為論は積極的一般予防論と結びつくことを指摘するものとして、伊藤寧ほか『刑法教科書 総論 (上)』(嵯峨野書院、1992年) 110頁 [松生光正執筆]。
- (17) 行為記述に際して、行為の置かれている文脈の重要性を指摘するものとして、川口浩一「行為概念の説明機能」奈良法学会雑誌第9巻第1号(1996年) 50頁。犯罪という文脈における行為の意味づけを問題とするものとして、石井徹哉「いわゆる早すぎた構成要件の実現について」奈良法学会雑誌第15巻第1・2号(2002年) 5頁以下。
- (18) 刑法規範論と刑罰目的論が一定の関連を有するとはいえ(例えば、井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、2005年) 14頁以下参照)、規範によるコントロールの対象としてふさわしい行為と、一般予防的考慮から刑罰を科すことが要求される行為との間の構造的差異はなお残るように思われる。規範の対象となるのは目的的行為であるとするものとして、Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 37.
- (19) Detlefsen, a. a. O. (Anm. 8), S. 324f., 336は、神経学上の見地から、人間の意思や意識は、行為との関係で機能を持たないとする。このような理解からは、「規範による行動コントロール」というコンセプト自体が疑われることになるであろう。