

責任能力と意思の自由

(一)

大 谷 實

- 一、責任能力の理論的反省
- 二、責任能力と意思の自由(一)

——心理学的構成方法を排除するために——

以上本号

- 三、責任能力と意思の自由(二)
- 四、人格責任論と責任能力
- 五、結論

以下次号

一 責任能力の理論的反省

一 責任能力論は、きわめて重要な機能を持つのにかかわらず、犯罪理論を構成するうえでは、それほど重要なものとされていなかつたように思われる。たしかに心理学や精神医学の発達により、その認定に関する問題やその処遇問題については、相当密度の高い議論がなされているといえるが、責任能力が理論的水準において論ぜられることは少ない。わが国でもこの問題の研究は、貧弱だといってよい。それは、おそらく、責任能力の本質は責任の本質から

演繹的に容易に確定しうるものと考えられたからであろう。しかしフォイエルバッハが威嚇刑にもとづく一般予防論に立脚して帰責能力を論じたとき、容易に、人間は意味の動因の要請に従属するがゆえに刑罰法規の心理的作用可能性が帰責能力の本質である、となしえたのである。⁽¹⁾ とはいえ、この近代刑法学の祖フォイエルバッハの定義形式の中に、その後、永らく論争の的となつた責任能力論の一いつの契機が期せずして提起されていたことに、われわれは注目しておかなければならぬ。その第一は、意思自由の問題と責任能力の関係についてである。⁽²⁾ たしかにフォイエルバッハは、道徳の領域において意思自由の概念が有用なものであることを否定しなかつたが、刑法の領域においては、功利思想の観点から刑罰威嚇の心理強制効果を承認することによって、責任能力を強制効果の作用しうる者と規定したのであった。⁽³⁾ その第二は、刑罰を受ける者は、かような能力者に限るという原理である。自由主義刑法学はこの原理をいかに理論刑法学に反映すべきかに苦慮したのである。⁽⁴⁾

かくして、責任能力の領域でも、フォイエルバッハは、先駆者の榮誉を捧げられるべきである。

- (1) Feuerbach, Revision I, S. 150 ff., II, S. 146 ff.
- (2) Ann. Arthur Wegner, Strafrecht (Allgemeine Teil), S. 71.
- (3) Arthur Wegner, a. a. O., S. 71.
- (4) M. F. Mayer, Strafrecht (Allgemeine Teil), S. 209 ff.; Binding, Normen II, S. 179. 等が特にこの点を強調している。

II ハョイエルバッハの提供した課題は、しかしながら、市民的自由の保障という自由主義原理の要請に基づいて、さらに理論的に精密化されるにいたつたのである。この保障原則は、概念法学的実証主義と結合し構成要件理論とな

つて、典型的に犯罪理論の中に現われたのであるが、責任論の領域では、もっぱら行為者および市民に対する刑罰権が、無制限に行はれることはならず、その行使のためには、意思自由の存在が容認されるとき有限するという形で現実的に現われたのである。⁽¹⁾ かくしてかかる可罰性の原理に基づく責任觀は、責任を非難または非難可能性として把握する道義的任論として結実したわけだから、ここで責任と意思自由の問題は最も大きな課題となつたのである。犯罪行為以外の適法行為を決意したという意思を認めることにおいて責任非難の根拠が導かれるとすれば、およそ人間には意思の自由が存在するという前提を承認してのみ責任の構造が確定されるということになる。そこで、その基礎となる責任能力と意思の自由が重要な論点となつたのである。たしかにM・E・マイヤーが、責任無能力を認めることは、文化の向上から來た諦めにほかならないと唱え、また、責任無能力の觀念は不正を畏怖する意識に基づくと論じたとき、責任能力の觀念は、保障原則の體現として、責任論上、重要な役割を担いえたといつてよい。⁽³⁾ だが、形而上学的な意思自由の觀念が崩壊してくるにつれて、責任能力者が意思の自由を持つというヒポテーゼは、脆くも崩れ去つたようにおもわれる。⁽⁴⁾ 意思の自由は、社会的・法的生活の基礎をなすものであり、その内容は、積極的には自己の意欲と行為に向けて意思を支配する能力を指し、消極的には意欲しない要因によつて決定されない能力であると論じられても、人間の意思が因果性の領域から除外される理由はないものといわなくてはならない。⁽⁵⁾ だが、ドイツ刑法第五一条の「行為の許されてないことを弁別しそれにもとづいて行為する能力」という法規のもとで、ドイツの判例は、責任能力を意思自由論を基礎にしたものと理解している。⁽⁶⁾ 学説においてもそれを支持するものが多いし、わが国でもその見解を支持するものが有力であろう。しかしながら、われわれは、さらに、責任能力にかんする右の定義形式のもとで、なぜ、意思の自由が問議されなければならないのか、その理由についても反省しなければならないの

である。

- (一) Birkmeyer, Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht, Rostock, 1885, S. 69 ff.
(二) Ann. Maurach, Deutsches Strafrecht Allg. Teil., 3 Aufl. S. 358 ff. メーラの教科書はヨーロッパ、詳細にこの問題を扱かれてゐる。

- (三) M. E. Mayer, a. a. O., S. 207-208.
(4) 抽稿「意思自由の問題は刑法学上必要か」(同志社法学九十五、九十六号)。
(5) Josef Koch, Staatslexikon der Gorres-Gesellschaft 5 Aufl. S. 1310.
(6) BGHSt. 2. 200. von 18 März 1952.

III 「可罰性」の問題から「刑罰性」の問題へ。二十世紀の初葉から今日まで、刑法学の歩みは著実に、の路線を進みつつあるようと思われる。「意思の自由」は単なる「幻想」にすぎないとする意思決定論が自然科学と社会学の発展にかられて登場したとも、自由主義刑法学は激しく動搖したのであった。それは、新らしい刑法理論が疑いもなく、時代の当罰性意識に応えるものだったからである。このことは、責任論においても、とも典型的に現われたといつてよい。人間の意思は性格によって決定せられ性格は遺伝的負因と環境によって形成されるとするこの派の結論は、性格責任論として結実したのであるが、それは、責任能力にも必然的に影響をもたらした。すなわち責任能力は意思の自由と関係がないとか、あるいは、責任能力とは、刑罰適応能力であるとするのがそれである。⁽¹⁾ もうとも、その能力の内容をもって「正常な意思決定の可能性」(リスト)とか「肉体的・精神的健康又は成熟によつて普通の社会的行動をなし得る能力」(木村)として規定することからみると、道義的責任論の定義形式とそれほどの距離があるようには思われない。しかし、定義形式が実質的に類似しているといつても、その機能においては重要な相違があ

あることは否定できない。なぜなら、この派の見解は、もつばら、責任能力を科刑の目的に従属せしめようとするからである。結局、道義的責任論と社会的責任論の中での責任能力の差異は、この目的思想の存否にかかるといつてよいであろう。だが、理論刑法学の中に実践的要求を持ち込むことは、伝統的刑法学の側から永らく反対してきた。⁽³⁾ 責任能力を科刑目的に従属せしめようすることは、責任観念を根こそぎにするものであるとされたのである。しかしながら、理論刑法学の中に実践的要求を取り込むべきか (ob) という問題より、どの程度に (wie) 行なうかということが、現在の課題であるように思われる。それは、次のような事情を理解することによって確認されるであろう。

刑罰が単なる応報、あるいは正義の実現としてのみ把握されることは、今日では存在しなくなつたといつてよい。刑罰は過去においても、現在においても、さらには将来に至るまで常に目的に支配される手段にすぎないのである。では、その目的とは何か。それは、行為者をいかに処遇することにより規範意識の覺醒強化を実現することが可能であるかということにつきると思われる。もとより、この視点は、刑罰から応報的側面を捨象すべきであるといおうとしているのではない。刑罰は、いぜんとして、非難を体現するものであるという見解は、やはり世界的に行なわれているのであって、この意味からは道義的側面の存在は刑罰にとって必須のものと考えてよい。⁽⁴⁾ しかしながら、それを本質的なものと考える必要はないのであり、このような刑罰の存在形態は、それが社会秩序の維持にとって有効だったからに他ならないのである。こう考えてみると、理論刑法学の中に刑罰適応能力を導入することは、必然的なものであらう。

(一) Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrecht, 1912, S. 163. リベュは、「正常な意思決定の可能性」 (normale Differenzierbarkeit des Willens) を、責任能力の内容たりしたが、Liszt-Schmidt, Lehrbuch, Allg. Teil, 26. Aufl., 1932;

S. 239 は、行為の社会的意義を理解する能力、その理解に従って意思決定をする能力として、責任能力を定義している。従つて、その点では、伝統的な概念規定と変わりがないといつてよい。なおフランクも当初、この観念に従っていたことは注目してよいであろう。Frank, Das Strafgesetzbuch, 18 Aufl., 1931, S. 149. なお滝川・犯罪論序説・一一七頁は、リストを支持している。

(2) 木村・刑法総論・三三八頁。

(3) 滝川・犯罪論序説・一一七頁。

(4) 拙稿・意思自由の問題は刑法学上必要か (一、二) 同志社法学九五、九六号においてこの問題をやや詳しく論じておいた。

なお Hart, The morality of Criminal Law, p.27.

四 それとしても、責任能力を純粹に科刑目的に従属せしめることは、刑法の保障機能を破壊するものだといわなければならぬ。この観点から注目すべき見解を提供しているのは、宮本博士⁽¹⁾、佐伯博士⁽²⁾、井上教授等の見解である。これ等の学説は、伝統的な意味での規範的責任能力を予定するから、従つて「行為規範の意味を理解し、その理解に従つて行動しうる人格的能力」を欠くばあいは、それによつて第一に責任能力が否定されるものとする。そうして本来的な責任能力は「恰かも刑罰による対抗を必要とする程度の強い反規範的性情があり、また刑罰を科することにより効果を予期しうる能力」として規定され、それが刑罰適応能力として理解されるのである。この見解は、ある意味で、規範的責任能力と事実的責任能力の概念を混合した内容を提示しているといえるであろう。だが、「刑罰の厳肅性を理解しうる能力」と「行為規範の意味を理解しその理解に従つて行動しうる人格的能力」とは、実質的にどのような差異をわれわれに示すのであろうか。たしかにそれが、教唆犯の成立範囲の限定に関して、重要な機能を持つことは否定できないが、西村教授も指摘しているように、「それは、刑法における責任能力の建前そのものを積極

的に修正する使命はもたぬ」といわなければならぬ。⁽⁴⁾なぜなら、規範的能力を「是非の弁別力」として前提としつつ、可罰能力は「規範的責任能力の発達の程度」であるという定義づけの中に、われわれは、依然として、意思自由のドグマから解放されてない点を見るからである。たしかに、責任能力を判断するに際して、その内容に価値的ファクターを盛り込まざるを得ないことは、責任問題の領域に属するかぎり宿命的なもののように思われる。その点では、牧野博士⁽⁵⁾でさえも、責任能力を事実問題でなく「法律問題」として扱かうべきだとしているのは、興味がある。しかしながら、規範的能力という観念を用いる限り、そこでは、必然的に心理学的構成方法、従つて「意思自由」の観念が基礎とならざるを得ないように思われる。

刑罰適応能力の観念を伝統的立場からも考慮しなければならないのではないか、という課題は、徐々に注目されつつあるように考えられる。すでに井上教授⁽⁶⁾は、この角度から自己の理論を一步進められ、責任能力構成に当つて心理学的構成を排除しようと企図している。これは、ある意味で現代の責任能力の理論的行き詰まりを打破するための、一つの方向を示唆しているようにおもう。

- (1) 宮本・刑法大綱・一一五頁以下。
- (2) 佐伯・刑法総論・一一九頁。
- (3) 井上・刑法総則・一二八頁。
- (4) 西村・『責任能力』概念の解説(刑法雑誌4卷)四〇二頁。
- (5) 牧野・刑事学の新思潮と新刑法・一八二頁。もつとも牧野博士がここで企図している事柄は、裁判官と鑑定人の関係について論じているので、必らずしも、法律問題としているのか規範的責任能力に関して説いているのかどうか明確ではない。
- (6) 井上・少年法における保護主義と刑罰主義(ジャリスト)三五三号、三一頁以下。

五 わたくしはこれまで、人格責任論を唱道し、一連の研究を発表してきたのであるが⁽¹⁾、本稿では、問題を責任能

力、それも特に、責任能力の犯罪理論的側面に限定して論及しようとするものである。その際、先に論じたような反省を踏まえて二つの問題を念頭に置きながら論を進める事になろう。第一の問題は、とりわけ責任能力と意思自由の問題に関してである。それは従来、責任能力が「生物学的＝心理学的方法」によって構成され、「理非善惡の弁別能力、およびそれにもとづいて行為する能力」として定義されていたのであるが、そうだとすると、どうしても「意思自由」の問題を避けることができなくなる。そこで、責任能力と意思自由の問題が不可分的な相互関係に、はたしてあるものかどうか、しかも、従来の混合的方法が現実に妥当するかどうかを検討しようとするものである。特に、わたくしは、先に「意思自由の問題は刑法学上必要か」という課題を設け決定論的立場に到達したことから、基本的には、右の設問に対し否定的態度をとることになった。そうして、この結論は、もし当つて問題になる刑罰適応能力への道を容易にしうると考えるので、責任能力と刑罰適応能力の理論的関連づけが第二の課題となるのである。

それにしても、刑法学の根本問題たる右の課題に対し安易な解決作業をなすことは危険であるところべきであり、また、筆者がそれを容易になし得ると考えるほど思い上がつてもいない。それゆえ、以下に述べようとする事柄は、単に試論的に展開されるにすぎないものであり、従がつて、一つの問題提起としての意義を持つことができれば、筆者の十分満足するところである。

(1) リの問題については、最近興味ある問題が展開されている。Bockelmann, Willenfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, 1963, ZStW, Bd. 75, S. 372 ff. リれに對して精神医学者のショルヒャーが批判を加えたが、ボックマンは鋭くそれを反論を加えている。Schürcher, Zum Streit um die Willensfreiheit, 1965, ZStW, Bd. 77, S. 240.; Bockelmann, Erwiderung

auf den Beitrag. Schörcher, 1965, ZStW. Bd. 77, S. 253. 右の論争についてはやや詳細に後に検討する予定である。

II 責任能力と意思の自由 (上)

——心理学的構成方法を排除するための一

一 刑法上責任能力の定義形式が「生物学的＝心理学的方法」ないし「混合的方法」と称される仕方によつて構成されている立法例は圧倒的に多いといつてよい。⁽¹⁾しかし、わが国の現行法は、責任能力に対する積極的定義形式を設定しなかつたので、右の定義形式を採用しているものかどうかは、必らずしも明らかではない。だが道義的責任論ないし規範的責任論を主張する学説は、異口同音に、現行法の責任能力を「混合的方法」に立脚するものだと説き、判例もまたそれを支持している。⁽²⁾それにしてもこの生物学的＝心理学的方法という表現は、まことに一般化した名辞であるが、その実体は、甚だ曖昧なものといわれるをえない。今、因みにメツガーの説明を聞いてみると、⁽³⁾「いわゆる生物学的方法。これは行為者の異常な精神状態を単に考慮するだけで責任能力を排除するのに十分である」という方法である。これに対して「いわゆる心理学的方法の特徴は、生物学的方法に対して、単に異常な状態に著目して責任能力を排除せずに、その心理学的経過の現象と関連させ排除するところにある」。では、混合的方法とは何か。「これは、先の二つの方法の一面性を回避するために責任無能力の標識として両者を同様な形で示す方法である」。⁽⁴⁾ メツガーによれば責任能力は「因果的規範的構造」(die kausal-normative Struktur)を有するとされるので、生物学的要素は因果的＝記述的なものであり、心理学的要素は、価値的＝評価的なものであるということになるのである。⁽⁵⁾ この構成方法は、なるほど自然科学の発達を刑法学の中に導入し、一面的な概念構成を避ける役割を果し

たことは事実であろう。だが、一体、生物学的要素と心理学的要素が、どのような論理的関係を保つのか、という問題になると、右の評価は逆転してしまうように思われる。われわれは、クルト・シュナイダーの見解「精神病学的要件は、行為の許されないことを洞察し、または、この理解に従って行動することを不可能ならしめるものでなければならぬ。この場合にのみ可罰行為は存在しないということになる。……われわれは、……理解の能不能およびこの弁別に従つて行動することができるか否かを問われている。……この究極的質問に対しても実際解答できない」⁽⁶⁾といふこの解答は、責任能力が規範的構成によらなければ確定しがたいという結論に結びつくが、同時に精神医学的要素と心理学的要素の断絶を示唆する点において十分な理由を認めなければならないであろう。

ドイツの改正前の刑法第五一条は、「意識の混乱、または病的な精神障害の状態にあり、そのため自由な意思決定が排除されているばあいは、可罰的行為は存在しない」と規定していた。ドイツの通説は、これもまた混合的方法に立脚するものと考えていたのであるが、ここで注目しなければならないのは、「意識の混乱」「病的な精神障害」という記述的、自然科学的概念が、責任能力の規定にとって「自由な意思決定」という心理学的要素と併存するものでなく、常に補充的役割しか担い得ないということである。されば、当然のことながら自然科学的・精神医学的な方向からの反対に逢会せざるを得なかつたのである。⁽⁷⁾これは一つには、「意思自由」という非決定論を基礎にした定義形式が、科学的に立証できない問題だということにも理由があった。そうして、およそ責任能力の認定が、意思自由の存否に全面的に依存していたことの非科学性に改正運動の主たるモティーフがあつたのである。もつとも、改正前の第五一条のもとでも、右の「自由な意思決定」⁽⁸⁾の観念が非決定論を基礎とするものでない、という有力な見解が存在したという事実はある。⁽⁹⁾しかし、この見解の詳細な検討は、一応撇くとして、解釈論的には妥当性を欠くように思

われる。なぜなら、「通常の意思決定能力」＝「自由な意思決定」という図式は、およそナンセンスであると思われるし、「責任能力の概念規定にとつて『自由な意思決定』という文言は関係がない」としたのも、余りにも法規の文言を無視した解釈といえるからである。ドイツでは、一九三三年に責任能力の規定を改正した。「行為者が行為の当時、意識の障害のため、精神機能の病的障害のため、または精神薄弱のため、行為の不許容性を弁別し、または、この弁別に従つて行動することができないときは、可罰的行為は存在しない」というものである。このような改正は、しかしながら学説の趨勢を変えるには至らなかつた。たしかに、「より科学的になつた」という評価はあつたが、それは概ね「新しい規定が本質的に異つたものを規定したように思い違ひをしてはならない。『行為することができます』といふ」ということは、自由な意思決定の存否という意味と同じである⁽¹²⁾とか「一九三三年の改正法は、旧法の『自由なる意思決定』という文言に対しても、何ら実質的変更をもたらすものではない」というような評価にとどまつた。そうだとすれば、「意思自由」の問題に対する解答、および、心理学的要因と生物学的要因の論理的関係は、そのまま疑問として残されているといってよい。もちろん、それは各論者によつて論理的一貫性が保たれている筈であり、従つて、それに不満があるとすれば、その辯護責任は、筆者が負担しなければならない筈のものである。以下、節を改めてその責めを完うしたい。

(1) 混合的方法によらない立法例としては、一八一〇年のフランス刑法典第六四条、一九四五年のスエーデン刑法第五章第五条等が代表的なものとして掲げられる。なお、アメリカにおけるレイの「精神病所産テスト」の適用として有名なデュラム・ルール、およびイギリス王室委員会の決議は、生物学的方法によるものとして興味がもたれています。See, Paulsen and Kadish, Criminal Law and its Processes, p. 317-324.

(2) 団藤・刑法講座(3) 1111頁以下。植松・刑事法学研究(第一巻) 50頁以下。なお、植松教授は、混合的方法という用語を用いられないが、実質的な違いはないと考えられる。大塚・刑法概説・185頁。準備草案第一五条は、精神の障害により、是非を弁別する能力のない者、又は是非の弁別にしたがって行動する能力のない者の行為は罰しない」と規定したが、これは、わが国の通説的見解を表明したものと考えられる。ただし「精神の障害」と「是非の弁別能力」の関係については、疑問が残るようと思われる。

- (3) 大判・昭和六年一一月一一日、刑集10巻六二八頁。
- (4) Mezger, Strafrecht, 1931, S. 286-287.
- (5) Mezger, a. a. O., S. 298.
- (6) Kurt Schneider, Beurteilung der Strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit, S. 19-20.
- (7) Ernst Seelig, Zum Problem der Neufassung des § 51. Mezger Festschrift, S. 213.
- (8) Seelig, a. a. O., S. 213.
- (9) Liszt, Strafrechtliche Aufsatz, 22. Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, S. 216.
- (10) Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrecht, 1912, S. 169.
- (11) Seelig, a. a. O., S. 213.
- (12) Frank, Nachtrag, 1936, S. 110.
- (13) Weber, Grundriss des deutschen Strafrechts, S. 111.
- (14) メンガーは、心理学的因素を生物学的因素の中に認め、その心理学的因素の中や、規範的な要素を抱えるという論理關係を説くが、後に検討しうべ。

II 責任能力の生物学的基礎について述べるが、裁判官の評価が排除されるわけではなく、ところが前提は、今では疑問がないもののように語り継がれてしまふ。その間の事情をナーグラーは、次のように適切に述べていふ。「刑法第五

一条は、いわゆる混合的方法を採用している。本条は予備条件を結果に結びつける。すなわち、生物学的考察の要素を法的に評価する考察に結びつける。……いわゆる生物学的要件は次の任務を有するにすぎない。すなわち現象を下から説明し、経過の理解不能より生ずる軽率な結論を防止し、問題を厳格に責任能力の予備条件の範囲に限定し、責任の主たる問題と融合するのを防止する任務である⁽¹⁾と。従つて、生物学的・心理学的な分業は、事実と評価という関係においてなり立ち得ることが、ここでははつきりと容認されているわけである。それゆえ、生物学的な要素においては、記述的作業が問題となるのに対し、心理学的要素については、評価的作業が問題となるのである。⁽²⁾読者はここで、生物学的基礎と心理学的基礎の断絶に気付くことであろう。というのは、ドイツ刑法第五一条の規定においては、もっぱら行為が許されないとことの弁別能力、および、この弁別にもとづいて行為することの能力が軸となつてゐるのであって、生物学的な基礎は、その單なる判断の素材にすぎないとことになるからである。クルト・シュナイダーが生物学的要因とされる「意識障害、精神機能の病的障害および精神薄弱」は「精神医学的構成要件」⁽³⁾であるとしているのは、それが評価の対象となる事實を示しているということを示唆しているように思われる。そうだとすれば心理学的要因は、対象の評価だということになる。因みに、もしこの論理が許されるとするならば、従来の責任概念は、同一の判断を繰り返すという思考の不經濟を犯していたことになる。もっとも、それゆえにこそ、責任能力は責任要素であるといふ学説⁽⁴⁾が正当性を持つことになるかも知れないが、この問題に対する結論は、責任能力の概念規定を確立して、はじめて得られるものと考えるから、ここではその結論を先取することを避けることをしたい。

さて、われわれは、いわゆる混合的方法と称されているものが、実は、心理学的方法と何ら異なるものでないと、

うことを明らかにしたように思う。すなわち、責任能力の構成、ないし認定の基準を「その行為の許されていないことの弁別能力」および「その弁別に従つて行為する能力」として規定するかぎり、「そこには、是非の弁別がある限りそれによって自己⁽⁵⁾を抑制して行動を律することができます」という心理学的評価的方法を以つて責任能力を判断しなければならないからである。もっとも混合的方法を主張する学説に、総じてこの批判を加えることは、妥当でないかも知れない。たとえば団藤教授は、「右のような生物学的状態がみられるばあいのすべてが、責任無能力または限定責任能力になるわけではない。これを限界づけるのが心理学的要素である」（傍点、筆者）。と述べている。すなわち、「限界づけ」としての機能を心理学的要素に与えようという意味だとすれば、ドイツの学者が提唱しているのとやや、ニュアンスが違うように思われる。なぜなら生物学的要素にかなりのウエイトが置かれることになるからである。だが、生物学的要因にそのまま判断の基準を置かず、さらに責任能力を責任要素と解する団藤教授の立場からは、右の推測を立証しうる補強証拠は見出せない。

右に述べたようにドイツの現行法の立法形式は心理学的構成方法を軸とするのであり、解釈論的にも、混合的方法を採用するとしながら、その実際においては心理学的方法に依っているというのが支配的見解であるようにおもわれる。

ところで、わが現行法は、責任能力の定義形式を積極的に設定することはしなかった。それゆえ「刑法第三十九条の規定が簡単に過ぎ不明瞭きわまる」という慨嘆が聞かれるのであるが、「心神喪失」とか「心神耗弱」という用語が純粹に生物学的なものなく、純法律的用語だとされ従つて記述的判断でなしに法的評価に基づいて概念構成がなされるべきであるという点で、ほぼ一致点が見られるといってよいであろう。⁽⁹⁾ その際、責任能力の定義形式は、ほぼ現行

ドイツ刑法第五一条の定義をそのままに用いているばあいが一般なのである。そうだとすれば、右に筆者が述べたことは、そのまま、わが国の通説的見解に妥当するといつてよいであろう。

- (1) Naglar., *Leipziger Kommentar*, 6 Aufl. § 51. 従つてナグラーは、責任能力を責任要素とする見解を否定する。なお、この点については、第八版において、メッガーにより改められている。8 Aufl. S. 363.
- (2) 心理学的事実ということが全く考えられないわけではない。だが現実には、自由な意思決定という形而上学的な観念を持ち込まない以上、判断不可能なものなのであるから、それをもって、評価的作業とする方が妥当であろう。Kurt Schneider, a. a. O., S. 19 ff.
- (3) Kurt Schneider, a. a. O., S. 4 ff.
- (4) Mezger, *Leipziger Kommentar*, 8 Aufl. S. 367.
- (5) 西村・〈責任能力〉概念の解明・刑法雑誌4巻四一二頁。
- (6) 団藤・前掲・四七頁。
- (7) 団藤・前掲・三六頁。
- (8) 西村・前掲・四〇五頁。
- (9) この点では、刑罰適応能力を主張する立場も例外ではない。牧野・刑事学の新思潮と新刑法・一八一頁参照。
- II 右に述べた事柄は、これから論じようとする意思自由の問題と責任能力の関連を究明するための布石として、記されたものである。というのは、先にも触れておいたことだが、ドイツ刑法(旧)第五一条が「自由な意思決定」を責任能力存否の判断基準としたとき、そのような経験科学的認識を超えたものを基準とすることは妥当でないとされていたからである。そして心理学的因素が結局この「自由な意思決定」に帰著せざるを得ないとすれば、この問題に深く突入することによって心理学的方法の帰趨がある程度鮮明なものになると思われる。

責任能力を心理学的方法によらしめた根拠が奈辺にあつたかという問題を研究するのも一コの興味ある課題であるが、ここでは、その詳細を省き、ただ、その基礎をなすものは「意思自由＝責任能力」という図式に現われている思考であるという前提を予め想定しておきたい。古典的刑法学における道義的責任の観念は、疑いもなく意思自由を基礎とするものであった。その心理的責任論は、この意思自由を基礎として、故意・過失という心理的事実が存在すれば、意思自由が認められるという結論を引き出した。それゆえ、責任能力もまたこれに平行して「善と悪とを自由に選択しうる能力」「行為支配の自由」とか「自由意思の主体たる者」という形で定義されたのである。だが、当然のことながら、「意思自由」がそのままの姿で法律学的構成に導入されたわけではない。それが、すなわち、是非・善惡の弁別能力、その弁別にもとづいて行為する能力と称されるものであった。これは、次のような論理過程を経て責任観念に昇華するものとされる。すなわち、〈是非の弁別をしうる限り、各種の意味的拘束、因果的拘束を排除し、それを克服して行動することができるはずであり、それを法的に「期待」したにかかわらず、違法行為にてた〉という形で。この観念は、今日の道義的責任論の最大公約として妥当するものと思われる。そこで登場するのが次のような設問である。「人間の意思に対する法規の要請、自己の決意の主体となる能力、その決意の自由、あるいは意思自由を基礎として、自己の行為を決定する能力に対する法規の要求は、われわれの世界像からみて、もっぱら是認されるべきかどうか。さらに右の要求は、あらゆる現象が因果的条件下にあるという一般的原則に矛盾しないかどうか。：：また自由な意思形成のための能力が一般に承認されてよいかどうか」という原則が責任能力の問題として解決されるべきであるということである。⁽¹⁾しかしながら、人間の意思が自由であるかどうか、また自律性を有するかどうかの問題は、カントのいう「権利問題」(quid juris)としての「自由」のように自明のものではない。それゆえに、意思

自由論は、「刑法の倫理的基礎」とか「世界觀」あるいは「法秩序の要請」というような現実性を具備しない形式で刑法理論学に投入されたのであった。かくて、必然的に「責任能力者は規範的に構成されるべきであり、それゆえ、責任能力者である限り意思自由の主体として法上擬制される」という結論が導かれる。この思惟過程を象徴的に示しているのは、西村教授である。⁽²⁾教授は、責任能力に関連する諸問題を包括的に、しかも鋭い筆致で説き明かしながら、結論においては、責任能力が究極において自然科学的現実判断に馴染まないものであり、「刑法的価値判断が、その自律性を主張する余地が残されている」とし「是非の弁別がある限りそれによつて自己を抑制して行動を律することができたはずである、という法律の要請が」「実定刑法の予定する心理的要素といわれるものの中に隠蔽されている」のであるから経験科学の領域では何とも答えられない規範的な問題である、とするのである。

近代学派の登場と能力心理学の克服は、責任能力論なし意思自由論に大きな変動をもたらした。道義的責任論に立脚する者も、意思自由の原理（仮設）を当然のものとして承認するわけにはゆかなかつた。M・E・マイヤーが、責任を肯定する以上、人は非決定論をとらなければならないとして、人間は「非決定論へ決定されている」⁽³⁾、まさに奇妙な標語をかけたことは、道義的責任論者の苦衷を物語つているといつてよい。それは疑いもなく、事実的＝経験科学的な問題として、人間が是非の弁別にもとづいて自己の態度を規律しうるかどうかが不明であるがゆえに他ならない。ここに、責任能力が一つの擬制だとされる理由がある。例えば、コールラウシュは、存在（事実）と當為（規範）に介在する矛盾を、どのように統一化するかが問題であるとした。彼によれば、経験世界は、すべて因果法則の支配下に属するのであるが、法規範は人間の自由な意思に向つて命令を発する。意思自由と因果法則は、恰かもアンチ・テーゼの関係に立つ。それ故、理論的解決は、右の相反する命題を統一化する方向でのみ可能である

という。すなわち規範に従つて行為する能力を個別的にではなく一般的に理解し、責任能力者である限り個別的行為能力は国家的に擬制されたとしたのであつた。しかしながら、この見解は、明らかに事実を無視した規範主義的なものだといわざるを得ない。けだし、存在の領域と當為の領域が、かように全く相反する原理によつて支配されているとすれば、なぜに一方の原理が他の原理の存在を擬制し得るのかという疑問が残るからである。要するに擬制論のよつて立つ根拠は、責任能力の内容を、法的要請なし実定刑法の指導理念にもとづいて（西村教授によれば、それが「刑法的価値判断がその自律性を主張する余地」なのであるが）決定するということに帰著するといつてよいであろう。メツガーが責任能力の確定に当つては「法秩序の立場」⁽⁵⁾が決定的役割を果す、と説き、植松教授が「責任能力は刑法的価値概念である」としているのも、まさに、右の擬制的見地に立つものといえる。

このように考えてくると、責任能力における心理学的要素と称されるものの判断基準は、実は、実体の存しないものであり、单なる仮言的なものに陥らざるをえなくなるであろう。しかし、人は、その判断は刑法規範の要請にもとづく評価であるから定言的なものであり、従つて実体を具備するものだというかも知れない。また、この見解がむしろ從来の通説であつたといつてもよい。だが、その所謂法規範の要請といったところで、所詮、それは裁判官の法律観、人生観、世界観にとつて「了解しうる」限度によらざるを得ないのではないか。そこに心理学的構成方法が法的安定性を阻害すると懸念されてきた理由が存するのである。もつとも、そのような責任能力判断基準の不確実性、不安定性は、本来、そのようなものであつても致し方ないというのであれば何をかいわんやであるが。

このようにして「問題は、……行為時においては、……それができたはずの者と、それができないはずの者とを何によつて区別するか、という判断の困難なる点に存する。責任能力の記述的要素が規範的要素に転換される契機は、

まさにこの境界線における問題の複雑性に存するのであり……科学的なレベルの上では異なる分析を許すはずのものでない問題が、そこではむしろ、倫理的—実践的—政治的立場に着色された恣意的判断に委されやすい状態に置かれている⁽⁶⁾という結論にならざるを得なくなるのである。もとより責任能力の判断が、完全な事実的世界のレベルでない以上、右のような結論も、ある程度止むをえない事情があろう。だが、右のような法的ニヒリズムを開拓し、何らかの客觀性を具備した責任能力概念を確立しないかぎり、「刑法の科学化」は困難であるといってよいだろう。

以上、われわれは、意思自由論を前提とするかぎり、心理学的要素という法的安定性を阻害する観念を払拭しない事情を考察してみた。しかし、意思の自由が人間に存在するかどうかが事実的世界において論証不可能な観念であるから、その意味で、「ある」というのも「ない」というのを定説的に不可能なはずである⁽⁷⁾。それゆえ、ボツケルマンも強調したとおり、いずれに偏しても適正さを欠くといつてよい。だが、だからといって、ノワコウスキーように刑法的目的に照らして、いずれの立場をもとり得るとするのも、余りにも便宜的であるようにおもわれる。

では、意思自由の問題をどのように考えるべきなのか、章を改めて検討してみるとしよう。なお、筆者は、先に記したように、この問題の展望を前稿（同志社法学九四、九五号）で行つた。従つて、重複を避けながら論じることにならう。

(一) Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 3 Aufl. S. 358. Ann, Maurach, Das Unrechtsbewusstsein Zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik, (Festschrift für Eberhard Schmidt) S. 317.

(2) 同上・前報・同〇九頁云々。

(3) M. F. Mayer, Schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, S. 100.

(4) Kohlrausch, Sollen und Können als Grundlage der Strafrechtlichen Zurechnung, Festschrift für Guterbock,

1910, S. 24 ff.

(5) Mezger, a. a. O., S. 189. 植松・責任能力・刑事法講座第11卷11頁。

(6) 越智・福島・田中頃^o

(7) Bockelmann, a. a. O., S. 377.

(8) Nowakowski; Freiheit, Schuld, Vergeltung, Rittler-Festschrift, 1957, S. 59 ff.

(未訳)