

責任能力と意思の自由 (二)

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——

以上前号

三、責任能力と意思の自由 (二)

——最近の理論的展開——

以上本号

四、人格責任論と責任能力

五、結 論

以上次号

二 責任能力と意思の自由 (二)

——最近の理論的展開——

一 伝統的な責任能力の觀念が、つねに意思自由論と多少とも係わりを持って展開されてきたことは、前稿でやや詳しく述べてきたとおりである。そうして、この係わりは、もっぱら心理学的方法に予定されているところの責任能

責任能力と意思の自由 (二)

力観念における規範的側面に典型的に現われているといつてよい、というのがその結論であった。その点では、意思自由の問題を刑事責任の領域に持ち込むことを、極端に敬遠したメツガーにおいても同様なのであった。⁽¹⁾なお、このメツガーが、人間の意思が主体から切り離されて考察されるのを批判し、人格論的刑法観を唱道したことは、注目しておかなければならない。⁽²⁾

メツガーによって開拓された人格論的刑法観は、人格層と意思決定、および行動の関連についてかなりの成果をもたらした。人間の行動が人格層の反射ないし、その屈折として生ずるという結論は、一方では、近代学派の因果的決定論を足場としながら、他方、人格層を本能的層と人格核に区別し、自我の規制能力を認めることによって理性の存在を確認しようとしたのである。⁽³⁾ そうだとすれば、この観点を推進することは、責任能力の存否は、この人格層の意味ないし価値による正常な被覆決定が可能なのかどうか、ということに依存する、ということにならないであろうか。そうして、このことは、責任能力の構成方法は、もっぱら生物学的・経験的方法に帰著するという結論につながるように思われる。筆者は、当面、心理学的方法の排除という企図のもとに、右の推論を理論的に検証しようとおもうが、それに対して一定の方向を示唆すると思われる最近の理論的傾向を検討しておくことにしよう。

- (1) Mezger, Probleme der Strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit, 1949.
- (2) Mezger, Kriminalpolitik und ihre Kriminologischen Grundlagen, 3 Aufl. S. 148.
- (3) この点の解説としては、Ann. Seelig, Zum Problem der Neufassung des § 51, Mezger-Festschrift, S. 217.

二 ところで責任能力の観念が意思自由を前提としては確定されえない、少なくとも、その確定に関しては不明瞭なものを残すとするならば、決定論の側から提唱される責任能力の観念では、どうであろうか。

近代学派の因果論的決定論によれば、責任能力の觀念も当然に、実証主義的、自然科学的に構成されざるをえなくなる。かくして得られた結論が、リストの「正常な意思決定の可能性」⁽¹⁾という觀念である。これは、意思が動機によって決定される仕方が正常かどうかによって責任能力の存否を決定しようとするものである。このような動機と意思決定の因果論的プロセスの把握は一応、純理論的には、規範的考察の援用を避けることができたといつてよい。ところが、このような意思決定の正常性は、実は、刑法上責任無能力者とされている刑事未成年などにも十分見られるのであつて、その意味で、責任能力の本質は、この立場から構成しえないとされたのである。その後、この立場は修正を余儀なくされ、責任能力は「行為の社会的意義を理解する能力、その理解に従つて意思決定をなす能力」として定義されたり、あるいは、「社会的動機による通常の被決定性」⁽²⁾と定義されるようになってゐる。

しかし、動機過程の中に社会的な要因をとり込むやいなや、この立場は、伝統的な意思自由論を基礎とする責任能力の觀念と實質的に差異はなくなるものといつてよい。行為の社会的意義という要因は、まさに規範的な要因に他ならず、社会的な要因によって意思決定が正常になされるか否かということとは、まさに、われわれが厳しく排除を試みた心理学的方法に帰せざるをえなくなるからである。⁽³⁾のみならず、意思決定論を基礎とするかぎり、行為は性格と行為環境によって決定されるわけであるから、動機による意思形成過程、すなわち心理的過程を責任能力存否の基準に設定することは、理論的にも問題があるといわなければならない。(もっとも、リストは、通常の意思決定をなしうる者に対してのみ刑罰の目的は達成しうるので、刑罰適応能力という観点からこの理論の妥当性を強調しているが、それならば、人格構造そのものの正常性は、何故問題にされないのか、という疑問がわくと同時に、牧野博士が社会的応化能力ということを主張するのならば、責任無能力者にも、適当な手段によって、かかる能力を認めることができるとして批判していることは正当だといわな

なければならない⁽⁴⁾。この意味で、木村博士が「実質的意義においては責任能力とは肉体的・精神的健康又は成熟によって、普通の社会的行動をなし得る能力⁽⁵⁾」であるとしているのは、正当である、といってよいようにおもわれる。(なお、刑罰適応能力ということからは、問題が生じる。例えば、精神病者に対して、刑罰の応化能力が認められないとすれば、同様に常習犯や職業犯にもその能力は認められず、責任能力が否定されなければならないであろう。この点については後述する。)

(1) Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrecht, 1912, S. 163.

(2) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, Allg. Teil, 26. Aufl., 1932, S. 239.

(3) 佐伯・刑法総論・一一九頁。

(4) 牧野・刑事学の新思潮と新刑法・一六七頁以下。

(5) 木村・刑法総論・三三八頁。なお、木村博士は必ずしも決定論をとられるわけではない。但し刑罰適応能力として責任能力を観念する点では決定論と解しても支障なかろう。

三 では、最近の「やわらかな決定論」において責任能力は、どのように規定されているであろうか。

いわゆる「やわらかな決定論」の趣旨は、要するに善悪のどちらでも自由に撰択、意思決定が可能であるという従来の意思自由論を否定すると同時に、他方、因果的機械論的な意思の被決定性を排除して、自由意思の観念を、右の因果的強制からの自由という角度から構成する結果、人間の意思は、意味とか価値に向けて決定されると同時に、人間は、その方向へと自己規定する能力があると解するのである。

このような考え方で責任能力の概念規定を試みているのはウェルツェルである。ウェルツェルはいう。

《自己答責の本質としての人間は、意味にかなった自己規定の能力があるという見解、さらにこのような決定形式の範疇的構造に対する洞察によって、はじめて人間及び彼の自由の一般的な本質規定が提供されるのであるが、同時

に、具体的な状況において人間が、意味にかなった自己決定の能力を現実^ニに有しているかということからは、直ちに確定されない。かかる確定は、一般的な範疇的判断ではなくして実存的判断であり、この判断は、個別的な現実に対して何らかの言明をなすものである。あるものが現実的なものかどうかという事柄は、一般的概念から引き出されるものでなく、もっぱら実践的^ニ経験的なものから確かめられるものである。ところが、この経験的な確定は、このばあい非常に困難である。というのは、具体的な責任能力が問題となっている「対象物」は、考察の対象でなく、……従がって、責任能力があるという個人の意識は、責任能力の存在についての標準にはならないからである。けだし、しばしば、疑いのない重症の精神病者が頑強に責任能力の存在を主張することがあるのである。具体的な責任能力は、もっぱら理論的な認識の対象とはなりえない。それゆえ、この問題を科学的に答えようとすることを、責任ある精神医学者は正当にも拒否するのである。精神医学者は、精神病とか意識の混乱というような一定の異常な精神状態の存在を確定することはできるであろうが、責任能力の排除はその科学的判断がなくとも、このような状態において可能なのである。……特定の間人^ニが一定の状況で責任能力があるという判断は、それゆえ、理論的なものでない、存在的な、まさに他との関係におけるものなのである。すなわち、この判断は、他人に対して、自己と同じような意味に満ちた自己決定の主体、従って、答責的主体であることを承認することなのである。結局、あらゆる人間を意味に従って自己決定することができかどうかによって分けようとするところに責任能力の本質があるのである。⁽¹⁾

ウェルツェルは、右に要約した所見からも明らかなように、責任能力もまた存在論的視角から規定すべきであるというのであるが、その実質は、従来の規範的責任能力の觀念と変わるところはないといってよい。それゆえ、われわれが問題としてきた、心理学的要素も当然に概念規定の中に組み込まれることになるのである。すなわち「第五一条

のもとの規定は、責任能力を漠然と『自由な意思決定』として定義してきたが、新しい規定は責任能力を意味にしたがう自己決定のメルクマールと結びつけているのであって、こうしてはじめて、漠然とした『自由な意思決定』というものを積極的に充足することを得るのである⁽²⁾と述べ、自由な意思決定とは、意味に従って自己決定することの意味するとしている。こうして彼もまた、「不法の弁別能力」と「意味に即した意思決定の能力」を責任能力の本質だとするのである。⁽³⁾

こうなるとウェルツェルの責任能力概念には独自性を見つけにくい。だが、それだけであろうか。わたくしには、この中に論理の欠如を見いだせるように思われるのである。というのは、ウェルツェルのいわゆる深層と人格層と自我中枢に区別される人格構造は、まさに一般的に価値へと向かう性質のものであった。もともとウェルツェルは、人間が意味になかった自己決定をなしうるという一般的前提に立脚するが、そうすれば、意味に背く自己決定をも可能だということになり、彼が固有の意味での意思自由論を否定した当初の意図が全く没却されることになるであろう。問題は、自我中枢と人格層(後天的人格構造)が意味からの拘束性を有するかどうかにかかっているといつてよい。これを意味法則性と呼んでもよい。意味による拘束を人間の本質、自由の一般的规定とするかぎり、具体的な責任能力の判断は、人格の意味法則性が存するか否かにかかっているのである。ウェルツェルは、先にも紹介したように、責任能力の問題は、「原理的に客観化が不可能なもの、すなわち主体の主観化」であるから、科学的な認識の対象となし得ないと述べ、責任能力の規範的側面を強調しているが、それは、彼が不徹底な決定論に依拠していることも関連して、甚だ曖昧な結論に到ったものと思われる。

(1) Welzel, Das Deutsches Strafrecht, 9 Aufl. S. 138-139.; Das Neue Bild Des Strafrechtssystems, S. 52-53.

(2) Welzel, Das Deutsches Strafrecht, 9 Aufl. S. 139.

(3) Welzel, a. a. O., S. 139.

四 では、平野教授の「やわらかな決定論」においては、責任能力はどのように規定されるであろうか。

平野教授はいわれる。

「責任能力もまた、その行為の違法性を認識し、これに従って行動することができたかどうかの問題」であり、したがって「ある行為については責任能力があるが、他の行為については責任能力がないということも論理的に可能である」。しかし「責任能力は人格的能力の問題であるだけに、人格そのものが直接に対象とされる可能性はより強いといえよう⁽¹⁾」。表現が簡単にすぎて、その趣旨が明確でないが、ここでもまた、われわれが問題としてきた心理学的要素が責任能力の決定的なメルクマールとなっていること、および、その規範的側面が強調されていることは、明らかであろう。では、平野教授のやわらかな決定論から、この結論が必然的に生ずるものであろうか。

平野教授は「人間の意思もやはり法則に従うのであり、その意味では決定されているが、人間の意思が自由であるということと、右のような意味で決定されているということとは矛盾しない」とし、自由とは何によって決定されるか問題なのであって、「刑法の場合は刑罰によって決定されうることが自由」である、と主張される⁽²⁾。そこで刑事責任で問題にされるのは行為当時の人格であるということになるが、しかしその行為に現実化した人格の異常さに対し全面的に非難を加えることはできない。刑罰の関係においては、人格は二つの層、すなわち、刑罰を受け入れる層としからざる層に分けることができる。例えば生理的な障害とか心理的障害に対して刑罰は効果を期待できない⁽³⁾。このようにするのである。刑罰か保安処分かという問題は、責任能力の存否に帰著する。そうだとすれば、「違法性の認

識ができたかどうか、さらにそれにもとづいて行為することができたかどうか」という心理学的な要素よりも、むしろ、経験的・精神医学的な記述的要素こそ強調されるべきではなからうか。のみならず、平野教授の立場から、意思自由論を基礎とした心理学的要素が何故強調されなければならないのか、点には、甚だ疑問があるように思われる。以上によって決定論(因果的決定論も含めて)もまた責任能力の概念規定に当っては、規範的構成方法に、(程度の差はあるが)、一応従っていることを確認することができたのである。そうだとすれば、意思自由の問題とは係わりなく責任能力概念は、必然的に規範的側面を具備せざるを得ないのであろうか。わたくしは、折に触れて述べてきたように、決定論の側から規範的責任能力の概念を採用することは、本来、そうすべきでない筈のものが(心理学の未発達とも関連して)、そのまま踏襲されてきたもののように思うのである。

ところで、意思自由の問題に関する決定論も、非決定論も、ともに仮言的命題にすぎず、その科学的実証性が疑がわてきたことは明瞭なのであった。その意味で意思の自由は、「ある」とも「ない」ともいえる性質のものであって、便宜的にいずれを採用したしても、支障なきはずのものである。問題は、それによって生ずる実践的態度であり、逆にいえば、刑法の実践性の位置づけによって、意思自由の問題は確定してくるといってよい。⁽⁴⁾ところが、決定論・非決定論を厳密に貫けば、結局、理論の行き詰まりに陥ることは明らかである、として、意思自由の問題から犯罪理論を解放しようとするのはボッケルマンである。彼は、従来の対立する両学説とともに承認したうえで、責任能力を記述的に構成しようと試みる。これは、われわれが目指した方向に完全に一致する見解であるから、以下にやや詳しく検討を試みることにしよう。

(1) 平野・行為責任と人格責任(刑法講座(3)所収)・二二三頁。同、精神障害犯罪者と保安処分(犯罪学年報三卷所収)

二〇二—二〇三頁。

(2) 平野・意思の自由と刑事責任(自由の法理所収)・二五二頁。

(3) 平野・講座・一一頁。

(4) 意思自由の問題が実践的問題である点については、拙稿・「意思自由の問題は刑法学上必要が」・同志社法学、九五・九六号に詳しく論じておいたので、この部分を参照。

五

[1] 「意思自由と責任能力」の問題が、結局、哲学・精神医学・心理学・動物学等において解決不可能なのである

から、法律学上、この問題に対して一定の視点を撰択することは、甚だ困難であると同時に、もし、これをするや否や法律学者は他の分野から越権行為をなすものであるという非難を受けなければならない。その意味で、責任能力の観念が、常に関連諸科学の上に形成される以上、それらの諸科学に一般的に妥当することが要請されるであろう。もちろん責任能力の観念が、右のような方法を用いて構成されたとしても、それはそれで、また批判に曝されることは当然である。現に精神医学の世界においても明確に二派に分かれて問題が議論されていることは周知の事実である。ポッケルマンはまず、このような責任能力概念の多様性に意を払いながら問題を展開してゆく。(右に述べた二派の见解というのは、いうまでもなく、クルト・シュナイダーの见解によって代表される、反グノースティシユな立場であり、これに対するものは、グノースティシユな立場である。前者は、責任能力の判断は、精神医学に基礎を置く判断では不可能であるとするのに對し後者は、これが可能であると提言しているのであって、この対立は古くから存続しているのである)。

ポッケルマンによれば、従来の精神医学界の対立は、現実には次のような形で現われてくる。先の精神医学のいずれの立場を採用するにせよ責任能力の判断をなすのは、裁判官の管轄に属するものであるが、実際には、グノースティシユな方向に従えば、鑑定の結果によって事実上裁判官の判断が制約されることになるのに対して、反グノーステ

イシュな立場は、鑑定の結果、どのような責任能力判断に達するかは、全く裁判官の裁量に属するところである。ところで、先にもふれておいたことだが、責任能力の判断が、そもそも科学的検証を許すものでないという見解は、従来、道義的責任論では勿論のこと社会的責任論においても承認されていたのであった。ボッケルマンは、先ず、右の精神医学界の争いを留保し、問題を一応限定して「一定の行為者の責任能力について自分が判断するばあり、鑑定人を利用するに際してどの程度独自の意義があるか」ということの明確化を企図しようとするのであるから、彼の論文は、究極的には、裁判官の判断がいかなる本質を有すべきかという問題に迫ろうとするものといっているのである。もっとも、このばあい、決して鑑定の結果を直ちに責任能力存否の基準にするものではないので、結局は、その信頼度を問題にするにすぎないことが注意されるべきである。⁽¹⁾

(1) Bockelmann, Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW. Bd. 75, S. 373 ff.

〔2〕 責任能力に対する能度決定が、結局は、意思自由の問題にどう対処するかにかかっていることは、ボッケルマンも認めるのである。そこで、意思自由の問題に対する彼の見解を要約しておくことにしよう。

「責任が意思の自由を前提にしているということは正しいのである。その際、自由とは人間が欲したことがらをなすというような行為能力を意味するわけではない。すなわち、人間は、彼の沈着な意思決定の実現能力を十分に持ち、従って、克服しがたい外界の障害が彼の力を妨害しないかぎり、事実上、自由なのである」と述べ彼は、人間がかかる自由感情を持って行動していることを前提としつつ、他方「自由とは、意思決定の自由、自己の欲するものを意欲する能力、一定の状況において様々な可能性を撰択する能力を意味する。かくして、彼がその行為に向けて自から意思決定をなしたときにはじめて明らかに彼を非難しうる」とし、従来の伝統的な意思自由論を肯定する。(なお、こ

の点では目的々行為論を意識した鋭い批判がなされている。ところが、ボッケルマンによれば、「責任が意思の不自由を前提にしているということも、正しいのである」なぜなら「意思決定が いかなる必然性の形式にも支配されていないのならば、そのばあい全く偶然的できごとに属することになる」からである。そうだとすれば、「人間の現実に存在する可能性の中から究極的に妥当する撰択へと向ける基礎は全くなかってしまい、行為を彼の態度として非難するということはありえないということになるであろう。意思自由論は、責任非難⁽²⁾刑罰という概念を説明することができない」というのが彼の結論である。そうだとすれば、決定論が彼によって採用されることになるだろうか。決定論をとる限り、この実在世界におけるプロセスは、すべて決定関係の連鎖 (Determinations-Zusammenhänge) として考えられなければならない、あらゆる人間の行動は、相関々係の中で生起する現象だといわざるを得なくなる。すべてのばあいに人間の行動は「後天的には必然性の所産として、先天的には、あらかじめ決定されたものとして現われる」という結論になるのだから、責任非難⁽²⁾刑罰という原理は排除され性格の危険性⁽³⁾予防主義という原理が導入される。ところが、決定論のばあいにもまた、次のような不合理を生ずることになる、とボッケルマンは主張する。

人間の意思決定にいたる化学的・物理的プロセスと表象・感情・努力・意思規制との関連自体、現在ではまだ科学的に明らかでなく、従がって、意思の法則性は、単なる思推の可能性にすぎない。ということは、意思の自由もまた、思推の可能性となりうることを示しているからである。もっとも人間の行為は、単に因果的に決定されているだけでなく目的に上位決定がなされているところに、動物と区別される所以があるという主張がなされるが、それでは、猿の知能テストやワタリカラスの数学についてどう説明したらよいのか、人間が他の動物から区別されるためには、かような決定関係以外の要因があり得るのではないか、その点の実証は依然として不明のままなのである。⁽³⁾ かかる実

証的な問題を前提としてふまえたうえで、ボッケルマンは、体系上の矛盾を明らかにしようとする。

「予防主義と先行決定性 (Vorausbestimmtheit) は、しかしながら相互の結びつきを持ちえない。先行決定性は、人間の行動を規制する基礎は、過去に存在したのであり、従って後に変更することは不可能になるという意味である。予防主義はしかしながら、保安・改善さらに威嚇といったあらゆる現象形式において他からその基礎を設定し、すでに決定された人を新らしい方向に導くことをねらいとするわけである」。それは、あたかも、次の二つの条件、しかもこの条件は相互に排除するものであるが、この下でのみ予防主義は十分な機能を果たしうるのである。その第一は、とりわけ、裁判官が、先行決定の過程を究明し、被処遇者の行状に対して新たな決定づけが可能であるということの意味する。その前提がなければ将来行為者が犯罪を反覆しないような適切な予防手段を構ることが不可能になるからである。ところが現実の予防手段の撰択については、裁判官が効果的手段を撰択しないばあい⁽⁴⁾が十分にありうるのである。「注意深く考察してみると予防主義には、このような可能性が必ず存在するのであり、従ってこのばあいは、自由・撰択の自由・消極的な意味での自由を認めなければならない」から決定論は否定されることになる。とボッケルマンは主張する。たしかに、被処遇者の意思決定を因果的に把握しつつ、裁判官の撰択は、必ずしも効果的方法に達しないという点で、もっぱら裁判官の意思形成の側から意思の自由を論証し「一方に妥当するのは他にも妥当する必要がある」として決定論に立つ予防主義を批判したボッケルマンの見解は興味あるものである。しかし、これは、やや決定論に対するいいがかりの色彩が濃厚である。裁判官が効果的手段を撰択できなかった、あるいは、しなかったということは他の要因にかかっているともいえるからである。もっとも右の事柄が現実的に考えうるものである以上、予防主義にとっては、重要な批判であることに変わりはない。

そこで、もう一つの可能性のみが予防主義に残るにすぎない。

かりに予防作用は、決定過程の中断を指すものでないでしょう。そうだとすると、予防作用は、それ自体連鎖過程の担い手として、決定過程の中に含まれるものと考えなければならない。そのばあいには、決定論的に考えると、予防手段はすでに決定されているということが前提となっていなければならない。裁判官の処遇が効を奏すれば、自動的に正当なものとなり、そうでなければ不当なものとならざるをえない。まさに、このばあいは有名な Kadi-Anekdote の状況があて嵌まる。「泥棒をしたのはやむをえずしたのだと弁解する被告人に裁判官は自分が有罪にするのも必然性による」ということになるのである。ある犯罪人に対して予防効果があるかどうかということは仮言的に云いうることであって「決して現実的予防主義ではない」といえるであろう。決定論の理論的困難は、かくして明白だとポッケルマンは指摘する。⁽⁵⁾このようなポッケルマンの見解は、意思自由の問題に対してかなり個性豊かな提言を含むものと考えてよい。彼もまた、メツガーやコールラウシュの⁽⁶⁾ように意思自由の問題について懐疑的態度を示すが、メツガーがもっぱら類型論的考察にもとづいてフィクションとしての意思自由論者であったのに対し、ポッケルマンは、決定論も非決定論も理論的実践的にも刑法上可能であるという前提をとる。すなわち彼は結論的に「決定論も非決定論もともに理論的に可能である」と述べている。その点でノワコウスキーの見解とも合致するのである。⁽⁸⁾だがノワコウスキーのように便宜的に決定論に帰著することをポッケルマンは拒否した。けだし「決定論の系列に属するかどうかという一面的な考察においては、未解決の問題がどうしても残るからである」。⁽⁹⁾刑法理論上両者は、まさに相互補充関係にあるのであり、責任を規定するに当たっても、この立場が最も実践的であるとするのが、ポッケルマンの結論なのである。

かくして彼の結論は独自の方向を示唆するものといってよいように思われる。だが、果して理論的に問題がないものであろうか。

ボッケルマンは、意思自由の問題は、結局解決できないものであるという前提から出発しながら、究極的には責任非難＝刑罰の観念を肯定している。もっとも、その理由は、「自己の行為について責任感情を喚起することを放棄していかなる再社会化も考えられない」⁽¹⁰⁾という点にある。だが、この責任刑に対する実践的要求を認めるかぎり「ボッケルマンが意思自由を前提とする責任刑法の応報的害悪を支持するのは、奇妙である」とするシニルヒャー⁽¹¹⁾の批判には十分理由があるといってよい。責任非難の基礎となるものが、まさに、意思自由論なのであるから。

- (1) Bockelmann, Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW. Bd. 75. S. 377ff., Vgl. Erwiderung auf den Beitrag Schörcher, ZStW. Bd. 77. S. 254.
- (2) Bockelmann, a. a. O., S. 385.
- (3) Bockelmann, a. a. O., S. 377.
- (4) Bockelmann, Erwiderung, S. 254-255.
- (5) Bockelmann, Erwiderung, S. 255-256.
- (6) Mezger, Über Willensfreiheit, S. 11.
- (7) Kohlrausch, Sollen und Können als Grundlage der Strafrechtlichen Zurechnung, Festschrift für Güterbock, 1910, S. 24ff.
- (8) Nowakowski, Freiheit, Schuld, Vergeltung, Rittler-Festschrift, 1957, S. 59ff.
- (9) Bockelmann, Erwiderung, S. 257.
- (10) Bockelmann, a. a. O., S. 389.

[3] 右に述べた意思自由の問題に対するポッケルマンの態度は、恰かも、これから検討しようとする責任能力の概念を確定するための布石として展開されたのであった。それは、責任能力概念における心理学的要素を認めるかぎり、意思自由論を前提とせざるをえず、しかも、意思自由の問題は、理論的にも実証的にも確認しがたいという前提に立つ。かくしてポッケルマンは「わたくしは、人間の責任能力の問題は、刑法が規定するところによれば、意思自由の問題が解決されることなしに原則的に解決できることを明らかにしたい」と述べ⁽¹⁾、さらに従来⁽¹⁾の混合的方法に対する疑問を出発点としながら、責任能力概念を明らかにしようとする。

彼はまず、人間にあっては一定の意味法則性 (Sinnesetlichkeit) があり、法規範はかかるものを前提として法的命令・禁止をなすものであるから(そのゆえにこそ法の妥当性が保障される)、共同社会が、不法をなされないと期待できる者が責任能力者だという。「人間の意味法則性が欠陥なきものであれば、彼は、社会の大多数に属し、その大多数に関して法秩序は経験に従って適法と不法の弁別を持ち、それに従って自己の行為を方向づけることを期待できるのである。……行為者の意味法則性が異常であるならば、かかる行為者は、この期待が妥当しない少数者⁽²⁾」なのである。

しかしながら、「意味法則性に欠陥なき者」とか、正常人↓異常者、責任能力者↓責任無能力者というような区別は、どのような実体を備えるものなのか。従来は、意思の自由がその実体を提示するものとされていた。だが現に意思の自由それ自体が仮言的なものとして、帰責性を基礎づけえないとされた以上、ポッケルマンは、必然的にそれを排除せざるをえない。彼は、一種の経験的方法をここで導入する。彼によれば原則的なことから、「精神病者は、

つねに、責任無能力者である」ということである。精神病者は、まさに精神異常者の典型なのだから、ここでは、もっぱら生物学的な要因が基礎となって責任能力が排除されることになる。それゆえ問題となるのは、意思の自由というようなことでなく、その異常性の度合ということに他ならない。⁽³⁾だが、このようなポッケルマンの提唱にもかかわらず、現行ドイツ刑法は、先にも検討したように、刑法上の責任能力を生物学的に構成せずに、いわゆる複合的な生物学的・心理学的方法に依拠している。ここに解釈論的にみて、やや困難があるように思われる。というのは、「行為の不法性を弁別し、この弁別にもとづいて行為する能力」という心理学的要因が説明できないからである。そこでこれに対しては、次のような態度で合理化がなされる。

責任能力を非決定論的に概念構成するならば、右の心理学的要素は不可欠の要素となり、しかもクルト・シュナイダーが批判したように責任能力を確定することは、何人にも不可能となるであろう。それゆえ、責任能力者は意思自由を持ち、無能力者は意思不自由であるという論定の仕方は、誤りである。具体的な場合について、一定の人間に対して意思が自由であるかどうかを実際に解決することは、理論的に不可能だからである。従がって、責任能力を右のように構成することは、法規の要請でもないということになる。《私は、まず、精神状態の病的な混乱の結果として行為者の自由な意思決定が排除されるということを修正するために、第五条の現在の解釈が維持されてきているということとを考慮してこのことを立証してみようと思う。……法規(第五条)のより広い目的は、行為者の意味法則性を失わせ、従って同時に責任無能力者にするような精神的混乱は、必ずしも知的欠陥において成立する必要はなく、本能的・心情的生活にもまた妥当しうるのである。特にこの理由から、行為者が陥っている精神的混乱が、行為者に行為の不許容性を弁別し、それにもとづいて行為する能力を失わしめるということとで責任能力を排除する形式が撰ばれ

たのである。このばあい力点はいずれにある。いずれにしても、法の文言に従がっても、また立法者の意思に従がっても、行為者が精神病患者であるという単なる確定それ自体で責任能力者になるのではない、という事柄は、もとより正当なものとして残る。だが予見能力を欠くとか抑制無能力という心理学的なものもまた、結局、生物学的要素に帰著する。(私は第五一条の解釈に際して通常用いられている用語に従がうが、生物学的とか、心理学的とかいう今日意味している表現は、精神医学的な用語法に従えば、必ずしも正当であるわけでないという配慮をしなければならない)⁽⁴⁾。

ボッケルマンの右のような立場は、責任能力概念のケルンをなすとされた心理学的要素を、それも特にドイツ刑法第五一条の「行為の不許容性を弁別し、この弁別に従って行為する能力」の意義を明らかにし、それをもつばら、生物学的要因に還元することによって、意思自由の問題から責任能力を解放しようとしたのであった。これは、心理学的要素を認めるかぎり、単なるヒポテーゼとしての意思自由論から責任能力概念が解放されないという配慮にもとづくのであるから、結局、筆者が冒頭に予定した課題に真正面から取組んだものと評することができるであろう。

だが、責任能力の問題が困難とされた所以は、それが極限概念であると同時に移行概念であるからであった。メツガーが、精神病患者は「生活発展の意味法則的な連続性」が混乱しているのであるから無条件に免責されるとして生物学的方法に依拠したのに対し、軽度の精神異常者に対しては、心理学的分析が導入されざるをえないとしているのは、まさに、責任能力が移行概念であるからであった。そうだとすれば、ボッケルマンが、生物学的方法によって人間を異常者と通常人という二つの人間グループに分けるのは余りにも現実の問題から離れたものといわざるをえない。それゆえ、彼もまた、単純に二つのグループに割り切る訳ではなく、精神異常(精神病をも含めて)もまた、一つの程度をつけうる概念であるから、このばあいの最も重要な事柄は、混乱の程度であるとなし、現行ドイツ刑法が限定責任

能力を設置しているのは、この程度概念に基づくという⁽⁶⁾。それゆえ、混乱の程度が非常に大であり、行為の意味法則性が通常人と比較にならないばかりには、異常な程度に達するのであり、現行法はこれを責任無能力として規定するのである。もっとも、『Durchschnitt-Menschen』というものが現実において把握しがたい観念的存在にすぎないのだから、ここにいわゆる正常性ということば、もっぱら『Normal-Menschen』を指すことになる。これは恰かも身体医学における健康人と同様の観念であり、大多数の人間グループは、この精神的健康者なのであって、規範がかかる人間を対象とするとき、現実性を獲得することができる。それゆえ、異常性の程度は、意思自由の問題を予定しないかぎり解決しがたいという批判は妥当でなく、まさに精神医学こそ、混乱の程度を区別することが可能なのであって、それは、全く身体医学の場合と同様なのである。かくして、この問題の解決は、経験的方法でのみ解決しうる、というのがボッケルマンの結論である。⁽⁷⁾

- (1) Bockelmann, a. a. O., S. 384.
- (2) Bockelmann, a. a. O., S. 379. Erwiderung, S. 246.
- (3) Bockelmann, a. a. O., S. 380.
- (4) Bockelmann, a. a. O., S. 380-381.
- (5) Mezger, Probleme der Strafrechtlicherr Zurechnungsfähigkeit, 1949, S. 21.
- (6) Bockelmann, a. a. O., S. 380.
- (7) Bockelmann, Erwiderung, S. 259.

六 右のボッケルマンの見解は、クルトシュナイダー以来疑問視されている心理学的要素を徹頭徹尾排除しよとする企図に基づいているだけに、かなりラディカルなものを含んでいるといってよい。もっとも問題史的にみれば、先

のリストの見解や、ゼーリッヒ⁽¹⁾の方向に通ずるものがあるのであって、特に後者とは非常に類似していることが注目されるであろう。

ゼーリッヒは、社会⇨倫理的な価値に動機づけを受けて行動するところに人間の本質があることを前提として「この見解にもとづき、われわれは、特定の人格の責任能力に対する本質とより深い根拠をめぐる古い問題を、次のこと、すなわち、われわれは、客観的⇨意味的な、倫理的⇨法的性質に対する価値尺度による動機づけが生物学的条件によって排除されるばあい⁽²⁾に責任無能力として認めてきた、ということから解答してきた」として、生物学的方法を強調するとともに、この見解を採用することによって、従来の決定論、非決定論の争いから責任能力は解放されるとしている。もっとも彼もまた心理学的要素を全く排除するわけではなく、心理的内容を事実として把え、その事実は法的⇨⁽²⁾倫理的に関係を持つが価値判断それ自体ではないから、裁判官の価値判断の基礎たる事実にすぎないと述べている。

かくして彼は、現行第五一条第一項は「行為の不許容性を認識し又は理性的動機に従って行動することができないばあい⁽³⁾は」と改めるべきであるとし、第二項を「行為の不許容性を認識しまたは理性的動機に従って行動する能力が病的な人格特性、軽度な意識の混乱・または欠陥ある精神の発達によって減ぜられているばあい⁽⁴⁾は、未遂の規定にしたがって減刑せられる」とすべきだとしている。

彼は、従来、責任能力が混合的方法によって規定されているといわれながら、実際には生物学的方法がもっぱら支配しているという現実を考慮しつつ、心理的要素も経験的方法によって解決しようというのである。だが、このゼーリッヒの提唱は、基本的には、右にわれわれが問題として設定した方向と一致するのであるが、重要な点で異っていると思われる。けだし、この見解は、正常な動機づけの観念が批判を受け、結局、社会⇨倫理的な概念を責任能力

の中に持ち込まざるを得なかったリストの見解と同様の方向を示唆しているのであって、理性的な動機 (nach vernünftigen Beweggründen) というとき、その実質は、社会倫理的な内容を指称するものに他ならないからである。そうだとすれば、われわれがその排除を試みようとしている責任能力の規範的側面は、依然として濃厚に残存せざるを得ないように思われる。

その点では、ボッケルマンの見解は、生物学的な構成方法に徹底している。従がって、当然のことながら、伝統的な立場からの厳しい批判に曝されることになった。それは、シェルヒャーによって提供されたのであるが、今後ボッケルマンの見解をめぐる、おそらくは同様な批判が繰り返されるであろうと考えるので、ここでは、やや詳しくシェルヒャーの見解を要約紹介しておこうと思う。

- (1) Seelig, Zum Problem der Neufassung des § 51. Festschrift für Mezger, S. 213ff.
- (2) Seelig, a. a. O., S. 214.
- (3) (4) Seelig, a. a. O., S. 225-226.

七 シェルヒャーは、先ず、自己が意思自由論に立脚するものであることを明らかにし、責任とは、行為者が意思を緊張すれば適法に意思決定をなすことが可能であるという確信を基礎とし、それによって応報的害悪刑が是認されると論じたうえで、ボッケルマンが刑法上、決定論・非決定論のいずれにも加担しえないとしながら、応報刑を認めることは論理の矛盾であるとしている。⁽¹⁾ この矛盾は具体的に次のような点で現われる。第一に、ボッケルマンは、責任能力が意思自由の問題を考慮せずに原則的に解決しようとしているが (a. a. O., S. 384)、それを基礎づけるのは、人間を通常人と異常者に分別する思考である。ところがシェルヒャーによれば、通常人というものは現実世界に

存在するものではなく単に観念的に仮定されるにすぎないものである。にもかかわらず、通常と異常とに分けて法的限界を設定することは、恰かもカントの《義務があるから可能である》という⁽²⁾当為命題に落ち着いてしまうことになるとされる。

第二の批判は、ポッケルマンが責任能力で問題となるのは、「精神状態の相当程度の混乱としからざるばあいとの間の相違」であるとしているのに対応する (a. a. O., S. 381-382)。シェルヒヤーによれば、これは「精神医学者が決定すべき異常性の強弱を援用して意思自由の問題を持ち出していることが明らか」になる。というのは、「科学的に考えようとする精神医学者は異常性の強弱について法的に関係のある解答は決してできない。このことは、結局、意思自由の問題、すなわち行為者が他行行為の可能性があるかどうかの問題だからである」⁽³⁾。シェルヒヤーもまた、K・シュナイダーと同様、責任能力の問題は、科学的に解決しうる問題ではなく「形而上学的な信念を、すなわち意思自由を前提としてのみ」解決されうることであるという立場をとる。もともとポッケルマンは、異常性の程度概念は、精神医学の世界でも承認されているという前提から出発しているのであるから、異常性の強弱と意思自由の問題を混同しているという批判は成り立ちえないかも知れない。だが、シェルヒヤーは、「通常とか異常という言葉は、責任能力とか無能力というもののために存在するのであり、したがって応報的害悪刑で処罰されるべきか否かを決定するために存在する」のであるから、究極的に精神医学的な鑑定に馴染まない性質のものであり、結局、問題は、意思自由論に還元せざるをえなくなる。この意味で、ポッケルマンの見解は、意思自由論に帰著するということになると主張する。

かくして次のような総合的評価が下される。「鑑定人や裁判官による行為者の正常・異常に関する判断は、行為者

が病的錯乱者でありその結果行為の不許容性を予見し、それにもとづいて行為しうるかどうかの判断と同様に結局不可能なのである。……ボッケルマンは責任刑法という応報的害悪刑を捨てえないと信じており……非決定論的な責任非難を用いた教育刑は捨てがたいものであって自己の行為に対する答責性の喚起が必要だとしている。だがこのような見解は非決定論の責任問題とどのように異なるのか」ボッケルマンが意思自由の問題を排除して人間の責任能力を規定し、異常性・通常性ということで解決しようとする提案は、結局、正しい方向ではない、なぜなら、彼は結局、意思自由論、従って非決定論へと逆戻りすることになるからである。⁽⁴⁾

右のシェルヒヤーの立場は、ある意味で現在のドイツの通説・判例を代表する見解だといってよい。そうして、それは、われわれが前号で検討した心理学的方法を軸とした意思自由論を基礎とする責任能力概念に他ならない。それゆえ、ここで展開されるボレーミクは結局、議論として噛み合いのような見解の相違ないし立場の相違として見ることができるものであろう。それは、ボッケルマンの反論が⁽⁵⁾前の論文を要約したに過ぎないものであることから察知できるのである。

しかしながら、右のシェルヒヤーの見解の中に、ボッケルマンの理論的矛盾を指摘する重要な箇所があることは注意されなければならないであろう。

たしかに人格構造の意味法則性という観点から正常性を規定し、意味法則性の混乱が責任無能力を導くとするボッケルマンの見解は、われわれが目標とする心理学的要素の排除という要請に即するものであり、その意味で英米の精神病所産テストにも通ずる画期的な見解だと評することができるのである。けれども、右のような見解は、少なくとも人間の意思形成を、特定の人格構造の必然的所産として、換言すれば、意思決定論として理解するときのみ可能

なはずである。にもかかわらず、単に、責任を行為者に自覚させることが科刑目的に合致するということから意思の自由を承認するのは、論理矛盾であるというように考えられる。勿論、彼が再三強調しているように、決定論を貫徹することによっては、どうしても解決しえない問題が残ることは事実である。したがって、一方を他によって補充せざるをえないものと思われる。だが、それを意思決定という同一ディメンションで行なうということは最早理論的破綻以外の何物でもなからう。シェルヒャーが、ボッケルマンの見解は、意思自由論と何ら変わりがないと断定する所以は、まことに、この点にあるものといわなければならないのである。

- (1) Schörcher, Zum Streit um die Willenfreiheit, ZStW. Bd. 77, S. 240.
- (2) Schörcher, a. a. O., S. 246.
- (3) Schörcher, a. a. O., S. 247.
- (4) Schörcher, a. a. O., S. 248-250.
- (5) Bockelmann, Erwiderung. 特 S. 244.

(つづく)