

責任能力と意思の自由(三)

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——
以上九九号
- 三、責任能力と意思の自由(二)
——意思自由を排除する最近の理論的傾向——
以上一〇〇号
- 四、責任能力と意思の自由(三)
——意思自由の問題にかんする一試論——
- 五、人格責任と責任能力(一)
以上本号
- 六、" " " " (二)
- 七、む す び
以上次号

四 責任能力と意思の自由(三)

——意思自由の問題にかんする一試論——

一 責任能力は生物学的、経験的方法によって構成されるべきではないか、というのがこれまで筆者が追求してきた課題である。だが、責任能力の問題は、結局、責任をどう把握するかにかかっているのであるから、責任能力の規

範的構成の矛盾を、どれだけ指摘してみても、責任能力概念の構成に対する積極的提言とはなりえないといってよい。要するに、責任概念の新構成による裏づけがなければならぬのである。

もっとも、これまで指摘したように、責任能力の構成を、生物学的方法によるか、混合的方法に立脚してなすかということは、必ずしも、責任概念それ自体から演繹的に撰択されたものとはいえないようである。その意味では、責任概念それ自体に余りこだわるとは、無用のことであるとも思われる。しかし、わたくしの見解によれば、決定論に立脚して責任概念を構成する限り、規範的な責任能力の概念構成には、やや論理的矛盾があるように考えるのである。⁽¹⁾ というのは、決定論は、少なくとも意思と人格の間の法則性を前提とするのであり、人格の変性こそ責任能力の基礎をなすというべきだからである。

ところで、本稿の目指すところは、究極的には、責任能力が刑法理論学の中でどのような機能を営むべきか、また、どのようなルールで確定されるのがより合理的であるか、ということに他ならないのであるが、このことは、結局、責任概念そのものの機能と密接に関連するものであることはいうまでもない。ところで、責任能力の機能的把握について最も斬新的傾向をうちだしているのは、イギリスの学者達であろう。そこでこの点に関する最近のイギリスにおける理論的傾向に注目してみると、⁽²⁾ イギリスでは、一九五七年の「Homicide Act」および「Mental Health Act」の制定以来、責任能力の観念が、裁判時における行為者に対する処遇問題に係わることになったので、それを徹底して「責任観念の刑法からの排除」が、ウットン夫人などから、しきりに提唱されている。⁽³⁾ この見解によれば、行為時の心理的要素であるメン・ス・レア全般を否定し、それは、せいぜい刑罰処遇に当って刑罰か治療処分にするかの判断の基礎となるにすぎず、アクト・ス・ロイスさえ認められれば、責任ありとし、有罪を認定すべきだというものである。

もつとも、このような理論傾向に対しては、強い反対があることはいうまでもないが、要するに、責任概念を純粹に展望的に理解しようとするところに特色があるといつてよい。

ところで、このような「responsibility」という觀念を「Legal accountability」という觀念で置きかえようとする⁽⁴⁾ことに對して、H・L・A・ハートは、次のような形で問題を提起している。なるほど、ウットン夫人のいうように、刑罰は回顧的なものでなく、展望的なものであることに疑いはない。その意味で、刑罰と治療処分とに相違はない。だが、もし純粹に、すなわち、行為時の mental elements を排除して展望的に責任を理解すると、まず、第一に國家の強制的な國民に對する權力干渉は、無限に拡大する危険がある。第二に刑罰の目的は、特別予防と一般予防に限定されるが、その際、行為に對する非難を確定すること、すなわち、現実に有罪判決をもって社会的非難を表明することなしに、どうして一般予防が可能になるか、第三に非難に相当しない者を犯罪予防の手段として用いることは、道徳的に問題が残らないか。ハートは、このようにいっているのである。

最近のわが國における理論傾向⁽⁵⁾（責任を展望的に把握すべきであるということ、また、責任能力を刑罰適応能力として構成し、責任の實質は依然として、非難としての責任を觀念する立場）に對して、右のハートの批判がそのまま妥当するというわけではない。しかし、責任の實質を展望的に理解し、また、責任能力を刑罰適応能力の領域で解決しようとする立場を一貫するかぎり、やがて、ウットン夫人の見解に到るであろうということは、十分、考慮しておく必要があるかと思う。

(1) この点については、「責任能力と意思の自由」(同法一〇〇号八〇頁)において、やや詳しく論じておいた。なお、それと関連して拙稿「英米刑法における責任能力の問題」(同法八五号二九頁以下)を参照。

- (2) H. L. A. Hart, *The Morality of Criminal Law*, なお「拙稿」ハート・『責任概念の変更』(同法一〇〇号)を参照。
- (3) Lady Wootton, *Social Science and Social Pathology* 1959, *Crime and Criminal Law* 1963.
- (4) Hart, *op. cit.* p. 24-29.
- (5) 平野・意思自由と刑事責任・(尾高追悼論文集) 二五五頁以下。井上・現代における刑罰思想・(岩波講座現代法II) 二〇七頁以下。

二 さて前稿までの論述において、わたくしは、規範的責任能力概念の矛盾を指摘することに重点を置いたのであるが、それは、再三指摘しておいたように、結局、意思自由論→心理学的構成方法という思考順序においてなされた結果だということに他ならなかった。したがって、責任能力を、これまで述べたような規範的構成方法から解放するためにはどのような方法によるべきか、という課題に答えるためには、まず意思自由の問題に対する態度決定をしておく必要がある。もっともわたくしは、先にこの問題につき、かなり詳しく論じておいたことがあるので、⁽¹⁾ここでは要約して、わたくしの立場を述べることにだけに限定しておきたいと思う。先にも指摘しておいたように、現在主張されている、いわゆる、やわらかな決定論も、あるいは、相対的非決定論も、ともに経験科学的実証性の裏づけがないものとして、いいかえれば、仮言的命題として主張されていることに変わりはない。⁽²⁾したがって、わたくしは、意思自由の問題に関してポツケルマンの所説に倣って次のように⁽³⁾考えている。意思自由論も決定論も、右に述べたように仮言的なるものであるから、実証性を持ちえないが、実証できないということと存在しないということとは別問題であると考えることに支障はない。そうだとすれば、意思自由の問題はいずれの立場に立脚した方が、責任と刑罰、刑事司法と行刑、一般予防と特別予防の関連をより合理的に説明することができるか、という形で刑法学上問題となるにすぎない。その意味で、意思の自由または不自由ということは、重要な問題を解釈するばあいの前提として作用するに

すぎないというポツケルマンの提言は注目してよいのである。決定論、非決定論いずれの見地も、それだけでは人間の意思の本質を全体的に把握できないからであり、仮言的命題を思惟の可能性として設定しうるのは、実践的要請だということに帰着するように思われる。もつとも、この見地を貫いてゆくと、相対的非決定論に落着いてしまいうではないかという疑念も生ずるであろう。⁽⁴⁾だが、この立場が相対的非決定論と異なることは明らかである。なぜなら、非決定論は、決定されつつ、究極的には決定するという意思の主体性ないし独自性を、責任の基礎に設定するからである。この点、人間の意思を相対的に把握しようとするわれわれの企図に反するものといつてよい。同様な形でノワコウスキー等の見解⁽⁵⁾とも異なる。彼は、刑法学それ自体の実践性に着眼して、仮言的なものとしての意思決定論の方が、より合理的に刑法体系を樹立しようという角度から一元的に決定論に立脚しようとする。だが、後に述べるように決定論それ自体の矛盾もまた顕著であるから、一元的構成を採用することは妥当でなく、むしろ、刑法学の体系の中で両者は、補充的に機能しようと考えてるのである。

では、なぜ両者は、補充関係として作用すべきなのか、決定論、非決定論の有つ矛盾を指摘しながら論証することにしたか。

まず、非決定論の側から眺めてみよう。たしかに、一定の状況のもとで、さまざまな可能性を撰択する能力があるという意識および必然性の流れに従がうものではないという意識が人間にあることは事実として承認する必要がある。だが、このような無原因のものに対して責任非難を向けることは、純粹の応報刑論に立脚しないかぎり論理的に説明することは困難であろう。⁽⁶⁾なぜなら、意思決定それ自体無原因に生じたものである以上、その行為を特定的人格に帰属させることは、ナンセンスとなるからである。このことは、意思自由ないし責任を、国家的な擬制だとする立場に

対しても、あるいは、実践的な保障原則の貫徹という立場から、意思自由を刑事責任の要請として認める立場に対しても、論理的には、妥当するものと思われる（もっとも、右の二つの考え方は、その指向の基礎について十分納得しうるものを持っているのであるが、それが意思自由の問題と直接的な結びつきを持つかどうか疑わしい）。

では、決定論の論理的困難は、どこにあるであろうか。非決定論の責任、非難、刑罰という観念を否定して、意思不自由の前提から人間の責任関係を容認するためには、いわゆる責任刑とは違った意味での予防刑のみが存在しうるにすぎない。なぜなら、不自由の前提においては人間行為は、世界の因果論的プロセスの中で決定関係の連鎖として考えなければならず、その意味で、人間の行動は、相互に連結したものとして把握されなければならないからである。その意味では、決定論を、ソフトな意味で理解しようとする立場も同様だといってよい。

では、このような前提のもとになされる刑罰の機能は、果して合理的なものといえるであろうか。いうまでもなく、因果法則性、あるいは、意味法則性を前提として、将来、行為者をどのように処遇ないし条件づけることによって、過去にあらじめ決定されたものとして存在する人格を新たに方向づけることができるかということ、このことが決定論の実践的課題となる。そうだとすると、このような条件づけによる改善可能性は、次の二つの前提が成立して、はじめて承認することができる。第一に、予防刑を科す裁判官は、決定の因果的、意味的連関ないし過程を究明して、その結果、明らかにになった事柄を基礎にし、過去の因果的、意味的決定関係を中断することによって、被処遇者の性格に対する条件づけを行なうことになるわけだから、その予防手段の撰択、および行使は、必ずず効果を齎らすという必然性が担保されていなければならないであろう。そうでなければ、特別予防を第一の目的とする刑罰行使は、不当なものとなり、国民の人権に対する重大な侵害とならざるをえないように思われる。ところが、実際の予防手段の

撰択には、さまざまな可能性がありうるのであり、したがって、そこでは、依然として裁判官の撰択の自由ないし消極的自由を認めなければならないように見える。それゆえ、ポツケルマンは、被処遇者の意思不自由を認める以上は、裁判官の自由意思をも否定すべきであり、裁判官の自由意思を認めるかぎり、一般的に自由意思を肯定すべきだといったのである。⁽⁸⁾ もっとも、この点については、前稿でも指摘したように、⁽⁹⁾ やや問題があるように思われる。というのは、さまざまな処遇可能な手段のうち、他を捨て、一方を撰ぶのは、偶然性によるわけではなく、裁判官においても因果的・意味的拘束を受けて、判決が形成されうるともいえるのであるから、その意味で、ポツケルマンの批難は当たらないのである。しかし、もしかりに裁判官の意思不自由を承認するとしても、現にさまざまな処遇の可能性が、被処遇者について認めうるのであるから、どの手段が最も有効であり、また適切であるかの判定が困難であることが多く、また、現に、その効果が疑われるばあいが多いのである。そうだとすれば、集中的な権剥奪手段である刑罰を、このような目的を基準として科すということは、妥当でないといわざるをえなくなるのである。

次に、決定論に立脚して、予防効果を実現するばあいには、過去の因果関係の中断以外に、処遇自体が行為者に対する新たな決定要因として人格形成に参加し、改善的機能を果すという前提が承認されて、はじめて決定論の実践的課題が達成されうると思われる。これが決定論の実践性をうらづける第二の可能性である。ところで、このばあい予防作用（刑罰処遇）は、それ自体、決定関係の連鎖を担うものとして決定過程の中に含まれていると考えざるをえなくなる。いいかえれば、裁判官、行刑官あるいは医師が、予防手段を講ずるばあい、彼等が正当なものとして承認するものを自由になすということではなく、彼等の予防処遇は予め決定されているものとして理解されねばならないということである。それゆえ、その予防手段は現実的に効果があれば正当となり、効を奏しないばあいは、自動的に不当

なものになるといふ結論に達するだろう。そうだとすれば、回教徒の裁判官が、自分が被告人を有罪にするのは、そうせざるをえない必然性によるのだ、といった逸話と同じことが当てはまるというポッケルマンの批判には理由がある⁽¹⁰⁾のであって、強制的な決定関係の連鎖の中では裁判官の目的活動は、全く意味を失なうことになるのである。したがってこのような形で予防主義は、決して現実的なものとして理解されることはないのであり、決定論の予防主義体系は、崩壊せざるえないように思われる。

右に述べたように、決定論も非決定論も、ともに不合理な面を残しているのであって、理論的にも、あるいは実践的にも、両者のそれぞれの立場を一貫して徹底するならば、どうしても不合理な要素が残るのである。すなわち、すべての非決定論は究極的には、絶対的意思自由論に陥り、答責性を人格に向ける可能性が失なわれ、意思と人格の連鎖が崩れて、刑罰は単なる応報として理解されるに過ぎなくなるといふことに帰著する。また、あらゆる決定論は、それを厳格に規定するかぎり、究極的には人間の行為を決定関係の連鎖と考えられるから、行為そのものも、単なる因果の反射ないし要因としての意味を持つに過ぎなくなる。これは明らかに、われわれの事実認識にも反している。結局、意思自由といふ不自由といつても、それは、単なる人間の行動現象に対する説明の手段たるにすぎないものであって、その意味で仮言的命題といつてさしつかえないのである。このようにして以上のことを結論的いふと、次のようにいえるであろう。

- (1) 決定論、非決定論いづれの見地も、それだけでは人間の意思の本質を全体的に把握できないということ。
- (2) したがって意思は、自由としても不自由としても思惟形式上可能なものであるということ。
- (3) 結局、自由、不自由ということは、意味に満ちた判断の前提としてはたらしきをもつということ。

かくして「(右の)二つの考察形式はともに正しいものであり、意思決定の過程を誰もが承認する意味にするためには、両者はともに不可欠のものとなるのである。だが両者のいづれも完全な結論に達しない。いづれも結果においてある程度不明瞭なものを残す。それゆえに他によって一方を補充する必要がある。それは、同一の対象に対する補足的説明である⁽¹¹⁾」というボッケルマンの結論が支持されるべきだと考える。

(1) 拙稿・意思自由の問題は刑法学上必要か(一)(二)(同法九五、九六号) 参照。

(2) 決定論を採用する平野教授もこの点については同様である。平野・前掲論文・二五二頁。なお、中・刑事責任と意思自由論・(刑法雑誌一四号)四〇三頁参照。

(3) Bockelmann, a. a. O., S. 377 ff.

(4) 福田・現代責任理論の問題点・(ジュリスト三一三三号)五九一六二頁。

(5) Nowakowski, Freiheit, Schuld, Vergeltung, in Rittler Festschrift, 1957. S. 59.

(6) Bockelmann, Erwiderung, ZStW, S. 254, 平野・人格責任と行為責任・(刑法の基礎)三九頁参照。

(7) 意思の自由を国家的擬制だと考えるのは、中教授(前掲論文)であり、また、保障原則の徹底という視角から、意思自由を以って刑事責任の要請と考えるのは、中山助教教授である。これについては、拙稿・意思自由の問題は刑法学上必要か(一)・(同法九五号)を参照していただきたい。

(8) Bockelmann, Erwiderung, 254-254.

(9) 拙稿・責任能力と意思の自由(一)(同法一〇〇号)八六頁。

(10) Bockelmann, a. a. O., S. 255.

(11) Bockelmann, a. a. O., S. 257.

三 右のような前提を確認したうえで、意思自由の問題は、以下のように規定されるべきもの⁽¹⁾と考える。

責任能力と意思の自由(三)

行為と人格ないし性格との関連、および、その法則性を確認する仕事は、今日では、かなり進んできているといつてよい。すなわち、動機、認識、あるいは、撰択の決定等、いずれも、特定の人格の有つ価値体系、行動様式(行為の意味法則性)に則っていることは、ある程度経験的に把握できるのである。メツガーが、異常な行為環境さえなければ、行為は人格に相当するといったのは、右の経験的事実を基礎として述べているのである。⁽²⁾ この意味で行為は人格の必然的なほとばしりであるともいえるであろう。⁽³⁾ もっとも、このメツガーは、「因果性」という思考形式の他に「自発性」という思考形式を予定し、したがって、人格と意思との必然的連関以外に創造的意思の領域をも認めようとしているが、⁽⁴⁾ わたくしは、刑事責任の根拠としては、この方向をとらないのである。先にも述べておいたように、決定論か非決定論かの問題は仮言的なものであり、仮言的命題が承認されるのは実践的要請だと考えるからである。では、その実践的要請とは何か。それは、究極的には、刑罰の目的に係わるものといえよう。

刑罰の機能は、犯罪行為に現実化した行為者人格の反規範性に対する非難を具体的に現わし、以後、行為者および一般人が規範意識を覚醒強化して犯罪行為に出ないようにするための条件づけ、ないし手段と解して支障はなからう。そうだとすると、人格と意思ないし行為との関係において、一定の法則性がありうるということが前提になければならない。刑罰は意思の基礎となる人格に向けて非難を科すとき最も効果的手段たりうるからである。そうして、このことは、意思自由論者といえども、かなりの程度まで承認していることなのであるし、エンギツシュも指摘しているように⁽⁵⁾ 殆どどの刑法学者が承認しているといつてよいのである。もっとも、先にも述べたように、それにもかかわらず、任意的、創造的意思の領域が存在しうるのではないか、という疑問は依然として残るのであるが、わたくしは、そうした領域に責任非難を向けることは、単なる絶対的応報刑以外の意義を持ちえないという理由で、刑事責任の基礎と

しては認めないわけである。もちろん、そのような領域があるという仮設は、十分、成立しうる余地があることを認めた上で、このように考えるのである。このように、わたくしは、人格と意思・行為との間に一定の法則が存在することを承認するのであって、行為責任、あるいは、意思に対する非難という観念を放棄する必要があるように思われる。

では、刑事責任の内容として非難の観念は不必要なのであろうか。

決定論に立脚しようとされる多くの学者は、依然としてこの非難の観念を維持しようとされる。例えばエンギツシ⁽⁶⁾は、性格に対する非難、応報の観念は、この手段を通じて、行為者に対する条件づけが可能だから、刑罰手段によって処遇されるのだという意味のことを述べている。また、人は、いかなる事情があるにせよ、現在の人格については責任があり、非難、および刑罰は、行為を規制する手段として科される、⁽⁷⁾ともいわれており、さらに、行為と人格が密接に結合しているばあいには人格に対する社会的非難が向けられ、非難の体现として刑罰が科されるのだ、⁽⁸⁾とも説かれている。ところで、これらは、いづれも、やわらかな決定論の側から提唱されているのであるが、この見解については、つぎのように評価できるものと思われる。すなわち、これらの立場は、因果的ないし意味的決定に人間の意思が従属するものと解するがゆえに、その原因力である性格ないし人格に問題を深めたはずであった。その意味では、確かに正しいものを持っているといつてよい。しかし、現に存在する性格ないし人格が、他の原因力に帰属されたとすれば、人格自体に対する非難という領域に問題を持ち込むことがいかにして理論的に可能であろうか。たしかに、機能的にみれば、責任を意識させるためには非難を加え、応報刑を科すことが、必要であり効果的であるから、そうするのだという結論になるかもしれない。しかし、これでは、非難という言葉をあまりに名目的に使用してい

るきらいがあるように思われるし、また、理論的にも無理があるように考える。というのは、他の原因によって、現存在になったということに対して非難を加えたばあい、いかにして行為者の責任感を喚起することが可能であろうかという疑問がでてくるはずだからである。さらに問題なのは、これらの立場によれば、究極的には、刑罰と保守処分を同一化することになり、その実践的側面から処遇上区別されるにすぎなくなるわけだが、そうだとすれば、犯罪の成立要素として、あえて責任非難を必要としないということにならないだろうか。その意味で、これらの立場は究極的には、責任否認論へと結びつくように思われる。

それにしても、非難の実践的役割は、なお、否定できないように思われる。非難は、刑法的な領域外の社会現象において十分コントロールの機能を果しているからである。では、刑法的な非難の基礎は、いかなる点にあるであろうか。

- (1) 拙稿・意思自由の問題は刑法学上必要か(二)・(同法九六号)において詳論したが、やや修正して再説する。
- (2) Mezger, Strafrecht, 1931, S. 275.
- (3) 不破・刑事責任論・三一四頁。
- (4) Mezger, Über Willensfreiheit, S. 11.
- (5) K. Engisch, Die Lehre von Willensfreiheit in der Strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 1963. S. 15 ff.
- (6) Engisch, a. a. O. S. 544 ff.
- (7) 平野・人格責任と行為責任(刑法の基礎)四四頁。
- (8) 井上・前掲文論・二二二頁。

四 人格的存在に対する非難の基礎は、先ず、法規範の論理的構造の分析によってえられるものと考ええる。

ウォルフは、かつて、行為者の本質規定を試み、行為者人格に対する非難の基礎を提供したのであるが、彼は、文化哲学をその背景としながら、大要、次のように述べている。⁽¹⁾《人間の存在は、社会における存在である。ここにいわゆる社会とは「自然的条件から導き出されると同時に価値に関係する世界」、いいかえれば、文化世界を意味する。人間は、このように文化の生活領域 (Lebensraum der Kultur) に存在しているのである。さて、法的世界もまた文化の一領域であることは当然のことである。あらゆる国民は、国家の構成員として、法的文化の領域に属している。したがって国民は、法を尊重し、法に従がうべく努力することによって、法的人格を取得し、法的文化の領域を積極的に形成し、法的可能域 (rechtliche Könnenssphäre) を取得する。法ないし秩序を媒介として成り立ちうる社会は、その形成主体の法を尊重し遵守する者を基礎としてのみ成立するのである。これのみが、法的文化の形成力の参加を可能ならしめる。かくて、法規範の存立基盤は、法的人格、ないし合法的情操にあるのである》。このようにウォルフは、行為者刑法の根拠を説いたのであるが、これは、余りにも、形而上学的、先験的なものであり、それゆえに、権威主義的なものにならざるをえなかったものと思われる。⁽²⁾しかしながら、人間存在に対する非難を基礎づけるための重要なモメントを提供していることは疑がない。というのは、法規範の存在といえども、因果法則と充足理由との関係に立脚することは明らかなのであり、したがって、一般的な法規範の妥当根拠は、まさに、その命令・禁止が国民によって容認されるところに求められるといわなければならないからである。いいかえれば、法規範の存在根拠は、法規範一般それ自体を恒常的に維持しようとする国民の意思傾向にあるといつてよいのである。この意味で、法規範それ自体が意思決定論を基礎にしているともいえる。なぜなら、法の命令・禁止は、その作用によって国民の大多数を作為、不作為に方向づけることができると予定しているからである。

このような認識は、次のような結論を生むことになる。すなわち、人間は、素質、環境、教育等によってそれぞれ異った価値体系、あるいは行動様式を持つが、大多数の人間は、法を尊重する規範的人格態度を取得するのであって、法規範はまさに論理的前提として、かかる規範的人格態度の形成を国民に義務づけているのである。このようにして、法規範は、法規範を遵守する人格態度の形成をあらかじめ予定し、国民に要請しているがゆえに、かかる人格態度ないし規範の層を確立する義務があり、異常な人格と異常な人格環境さえなければ、各種の因果法則性を克服して、この人格体系を形成することが可能であったという擬制を受けるものと考ええる。責任非難は、まさに、この義務違反によってもたらされた人格態度に対して向けられるものと考ええる。このように考えて初めて人格の規範心理部分に対する非難の基礎が提供されるであろう。

このような考察は、したがって、当面、意思自由の問題を直接には避けながら、人格形成の場面において、意思自由を消極的に承認することになるといふことは、あえて述べるまでもないであろう。こうして、われわれは、意思自由の問題を一元的に構成せず、両者を補足的に処理構成すべしとするポッケルマンの企図を、彼とは違った方法によって遂行しえたように考える。

(1) E. Wolf, Vom Wesen des Täters, SS. 8. 9. 14. なお最近これとほぼ同一の見解として注目されるのは、Helen Silving, Mental Incapacity in Criminal Law (in Current Law and Social Problems(II), p. 24, 38.

(2) ウォルフの行為者刑法については、拙稿・「人格責任論の準備的研究」(同法七三号)の中で詳しく論評した。

五 人格責任と責任能力(一)

一 人格責任の内容を、右のように確定すると、責任能力と意思の自由は必然的関連を持たず、したがって意思自

由論の帰結として生じた責任能力概念の心理的構成方法は、改めて再検討されなければならない、というのが、筆者の中心的課題であった。そこで、責任能力を生物学的方法によって構成することの是非が問題となる訳であって、そのような傾向を目指すものとして前稿(二)においてゼーリッヒとポッケルマンの見解を紹介しつつ、簡単な論評を試みたのであるが、ここで改めて、生物学的構成方法を論じ、その正当性を論証することにしよう。

責任能力を経験科学的方法ないし記述的方法で解決すべきではないか、という見解は、リストの初期の立場に現われていたのであるが、わが国の近代学派の学者は、原則的にこの方向を排除していたといつてよい。この点、木村(亀)博士は責任能力を刑罰適応能力と解しながら、その実質を「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」としている⁽³⁾ので、やや経験的・記述的なものを目指しているといえるが、普通の社会的行動能力それ自体は規範的概念であるといふべきであつて、その意味では、リスト・シュミットに現われた責任能力概念への批判がそのままではまるものと思われる⁽⁴⁾。

これに対して責任能力を刑罰適応能力の問題として把握しながら、それを理論刑法学の中にとり込み、責任能力の実質を生物学的に構成しようとするのは井上教授である⁽⁵⁾。教授はいう。

「刑罰は非難を体现したものだといふ意味において応報としての作用を営むが、しかし、いくら応報刑だといつても、行為者人格が刑罰の働きかけを受け入れる主体的能力を欠けば刑罰を加えることは無意義であつて限界づけられる。この主体的能力を刑罰適応能力とよんでもよい。……責任の存否・程度といふことと、刑罰を科すべきかどうかまた科すともどの程度に科すべきかといふことは、別の問題だといふことになる。後者は専ら実践的に機制される。人格を背景とした理論は、その実践的要請を専ら刑事政策の問題だからといふことで外にはおかないのである。

だが、刑罰は非難を体现したものである。そこで、精神病とりわけ心神喪失者は刑罰のもつ非難としての作用を受け入れ得る人格主体ではないので非難の可能性がないということになる。この意味で、心神喪失者には『刑事責任』はない。結局、責任能力の有無は行為時に判断されるが、それとともに、処遇時に刑罰適応能力が考えられなくてはならないということである。」と述べ、さらに別稿で、ボツケルマンの先の見解に触れ、「責任無能力の本質を精神的な欠陥にこそ求めようとする考え方には、刑法と刑事学との関連を考えると教えられるところが多いように思われる」と説いている。⁽⁶⁾ところで、この見解は、井上教授にとって十分熟したものとして提唱されているわけではないが、今後の研究に対し多くの示唆を与えるものと思われる。しかし、依然として大きな問題が未解決のまま放置されているといえるであろう。すなわち、その第一点は、責任主義と目的主義の調和に関する問題である。井上教授は、責任の存否・程度ということと刑罰処遇の問題は、原則として別個の問題だとされているのである。そうだとすると犯罪の成立要素としての責任の意義、および、その体系的地位は、いかなることになるのであろうか。もし、実践的な規制を裏づけるためのものであるとすれば、保安処分を規制するものは、いかなる要素なのであろうか。保安処分こそ、刑罰以上に実践的なものだからである。結局、刑罰、保安処分の差異は、処遇上の差異ということになり、犯罪成立時の段階では、両者の差を実践的な視角から区別する理由はなくなるものといわなくてはならない。特に、井上教授の立場をつらぬけば、保安処分も非難を体现する一方法であるということになるから、このことは一層強調されてよいのである。さらにこのような体系は、おそらく最近のイギリスで展開されているような責任の排除の方向に行かざるをえないように思われる。すなわち、犯罪成立の問題としては、客観的帰属の問題が残るにすぎない、ということになろう。そうして、これに対しては、先のハートの批判がそのまま当てはまるであろう。

意識の可能性に解消しようとすることは、重大な誤りを侵すものと思われるが、この問題は、節を改めて論ずる予定である。)。

ところで、右に述べた人格の異常性ないし、意味法則性の錯乱とは、いかなる実質を備えるものであろうか。ドイツ刑法第五一条はこの異常性の実質として「意識の障害」「精神作用の病的障害」「精神薄弱」という三つの生物学的要素を掲げている他、なお、それにもとづいて適法に行為しえたかどうかの心理学的要件を附加しているのである。さらにわが国のばあいは、心神喪失・耗弱を掲げ、それは法律的概念であるとされてきた。そうして、このような規範的責任能力の概念が理論的にもまた実務上においても問題を残すものであることは、本稿(一)において詳論した。では、どうそれを把握すべきであらうか。

ポツケルマンは、責任無能力の実質は、行為者の「異種性 Andersartigkeit」にあるという^(一)。このことは、結局、精神的 \parallel 心理的態度が通常のものからかけはなれているということであろう。従来、このような「異種性」は、法的概念として把握されてきたのであるが、このことは裁判官が、科学的な鑑定人の判断を無視したり、あるいは、悪用する結果を生んだのである。それゆえ、いまや端的に、われわれは、生物学的 \parallel 経験的方法にもとづいて責任能力を構成すべきものと考ええる。というのは、本来法は、社会的存在である人間に向けて、命令、禁止をなすのであり、それを期待できないのは、社会的存在者たりえない人格つまり意味法則性が混乱した人格だからである。われわれは、これまで、責任能力者と無能力者の区別を、精神錯乱と正常性、通常人と異常者というような区別で念頭に描いてきた。そうして、現行法の責任無能力の概念は、医学者と法律家の協定の上に成立しており、そこには、二重の複合した意味内容が盛られているように教えられてきた。だが、はたしてそうであらうか。

責任無能力、特に、その生物学的要素は、経験的に立証された精神錯乱者、および正常性に欠陥のあるものを根拠

として成立したのであって、特に、その間に、法律家が介在して、医学者と法律家の協定を基礎とするというような性質のものではなかったはずである。因みに、心神喪失とか耗弱という現行法の文言は、医学的用語ではもともとなかったという理由で、法律的用語であり法的に構成されるべきものだとしてきたが、必ずしも法的概念として規範的に確定する必要はないものと思われる。かりにそれを精神医学的に把握したとしても、それは十分法的概念たりうると思われるからである。

ところで、精神病者は責任無能力者であるという原則は、現在、いかなる立場においても、争いがないものと思われる。もつとも、このばあい、単なる生物学的な精神病ということが、直ちに責任無能力という結論に達するわけではなく、それと並んで、予見能力、あるいは抑制能力が問題となりうるが、これらの心理学的要素も結局は、経験的、記述的に把握しうるのであって、その意味では、すべて生物学的要素に帰著するといつてよからう。このように考えてくると、最早、責任能力は生物学的な方法によって構成しうることは明らかとなった。すなわち、ここでは、理論上解決したい意思自由の問題との関係で、責任能力者を意思自由の主体として考え、積極的に責任能力を規定することは不必要となり、問題は、どの程度の病的症状があるときに異種性と見られるかという、もっぱら程度の問題が主題となる。

もつとも、責任能力概念が困難とされた、最も重要な理由の一つは、メツガーもいうように、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る⁽²⁾。そうして、ここに規範的概念の入りうる余地があるといわれてきたのである。だが果して経験科学、特に生物学的に精神障害、意識障害、成熟の度合が確定されないものであろうか。エールハルトは、経験科学的に責任能力概念を構成しながら、結局、記述的な解決は不可能だとしているし、わが国の精神医学者も多くは、この立場をとっている⁽⁴⁾。しかしながら、精神医学の領域では、病状の程度概念はすべて認められて

いるようである。⁽⁵⁾つまり病状の軽重、初期的なものか未期的なものか、ということはすでに解決されているらしいのである。そうだとすれば、法律家は、なぜ、その判断に従うべきではないのだろうか。クルト・シュナイダー以来、責任能力の判断が、記述的に不可能だとされているのは、法が意思自由を前提とした心理学的要素を要請しているものと考えられていたからなのである。

結局、行為者の人格体系が、通常人と同一視しえない程度の変性を示すときに、責任無能力者となるのである。もっとも、このように規定すると、それは通常人を基準として、正常と異常を区別することになるが、そもそも通常人は実体を持たない観念であるから単なる理念型として認められるにすぎない、という批判が提出されるであろう。⁽⁶⁾しかし、われわれは、先にも述べたとおり正常人とか通常人は、法規範の予定する社会の大多数の人を基礎とするものと考えてるのであり、その意味では、ポツケルマンも指摘しているように身体医学における病気と健康の概念と同様に考えられるのである。⁽⁷⁾したがって、単なる理念型ではなく、実体の存するものといってよいであろう。

以上、わたくしは、人格を軸として責任能力概念を構成する立場から、人格の変性ないし異種性こそ、その核心となるものであり、したがって、もっぱら経験的記述的方法によって構成すべきであるという結論に達した。もとより、責任能力の問題解決にとって、このような抽象的議論は余り積極的提言とはならず、これを個別的な問題に還元して、法はいかなる変性の形式を予定しているか、例えば、精神病質、ノイローゼ、精神病、意識の混乱というような個別的、具体的問題をどのように処理するかということこそ重要であるかも知れない。しかし、見方によっては、逆に、そのようなことをするのは、法律家の越権行為であるという非難を受けるであろう。そのような観点をも考慮して、右に一般的な問題を検討してみたのであるが、以下、さらに、責任能力の個別的な理論問題を検討することにした。

- (1) Bockelmann, a. a. O., S. 381 ff.
- (2) Mezger, Problem der Strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit, 1949. S. 28.
- (3) Helmut Ehrhardt, Die Schuldfähigkeit in psychiatrischpsychologischer Sicht. (im Schuld, Verantwortung, Strafe 1964) S. 227 ff.
- (4) 林暲・精神医学的の立場からみた刑事責任能力の規定(精神障害と犯罪)一頁以下。
- (5) Bockelmann, a. a. O., S. 259.
- (6) Schürcher, a. a. O., S. 248.
- (7) Bockelmann, a. a. O., S. 259.

(〇〇〇)