

責任能力と意思の自由(四) 完

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)

——意思自由の問題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)

以上一〇一号

六、" " (二)

七、む す び

以上本号

六 人格責任と責任能力(二)

一 一定の人格構造の錯乱が生物学的に立証され、その程度が国民の大多数を構成する正常性に乖離し、いわゆる「異種性」ないし「変性」を示すときに責任無能力者となる、というのが、われわれの到達した結論であった。とこ

ろで、このような生物学的基礎を前提として責任能力を構成したばあい、理論的には、大別して次の二つのことが問題になるであろう。一つは、右のような能力は、犯罪行為それ自体との関連について要請されるのか、さらに、その当該行為が、右の「変性」の結果として生じたことを現実⁽¹⁾に立証する必要があるのかどうかということ。つまり、団藤教授のいう「自己の当の行為」について責任能力が問われるのかどうかという問題である。第二は、われわれもまた、「変性」を一つの程度概念として把握しているのであるから、どの程度に達したばあいに責任無能力者となるのか、また、限定責任能力と、どの点で区別されるのかということが、単に、実践的な場面でのみならず、理論的ディメンションで検討される必要がある⁽²⁾。以下、この順序にしたがって理論的に検討することにした。

(1) 団藤・責任能力の本質・(刑法講座3)・三七頁。

(2) 最近では、限定責任能力の問題は、もっぱら実践的場面で論じられることが多く、したがって、理論的な場面での検討は、十分になされていない⁽¹⁾といってもよい。これが限定責任能力を立法上、当然のものとして認めようとする傾向に連っている理由であろう。

二 行為と責任能力の関連を明らかにするためには、まず、人格責任における行為の機能とその体系的地位を明らかにしておく必要があるが、⁽¹⁾ここでは一応簡単に次のように述べることにとどめておきたい。われわれの人間の評価は、倫理的世界においても、行為者自身の外形的な行為または態度によるのであり、行為を除外した非難や称讃はありえない⁽²⁾。このことは刑事責任においても同様だといってよい。行為を除外した反規範的人格体系を刑罰の対象にするということは、この意味からも許されるものではない。すなわち人格責任は、行為者の内的な価値体系を追究するが、それを認めるためには、その内的価値体系を現実化するものがなければならないのである。行為者の内的な悪へ

の傾向は、意味的決定を媒介として行為に現実化するものであって、刑法は、この現実化された限りにおいて行為者の人格構造に干渉しうるにすぎない。⁽³⁾ そうでなければ、権力の不当な行使を許すことになり、刑法の保障機能を全く無視することになるであろう。かくして、人格責任は行為責任に他ならないのである。この見解に立脚すれば、刑事責任において問題となるのは、依然として行為当時の人格である、ということになるのであって、その意味で責任能力の問題もまた、行為時を基準として決定しなければならぬ。⁽⁴⁾

ところで、責任能力が行為時に存在しなければならぬという原則は、従来の行為責任を採用する学説と同一の結論に帰著することになるが、この際問題となるのは、責任能力は責任前提なのか責任要素なのかということ、および、行為が生物学的な「変性」の所産であることを立証する必要があるかどうかということである。責任能力を混合的方法によって構成する立場からは、最近、重要な論点が提供されているが、⁽⁶⁾ その当否は、「注」に譲るとして、ここでは、われわれの立場からの結論を展開しておきたい。責任能力が一般的な責任判断の前提なのか、責任要素なのかという問題の形式は、結局、責任能力の体系的地位をどこに据えるかという純粹に論理技術的な問題であって、理論的な実益があるわけではない。いずれにしても責任阻却の問題として現われざるをえない問題だからである。もっとも、純粹に行為責任に立脚するならば、団藤教授やアルミン・カウフマンのように「当の行為」についての能力を問う立場と、一般的な能力を問う立場とが対立することになり、前者は究極的に責任能力それ自体の存在理由を否定し、それを違法性の認識またはその可能性の中に解消させてしまうことになるので、それ自体、重要な刑法理論学の課題となるであろう。しかし、人格責任の立場からは、持続的、統一的な心身一体としての人格を把握して、その人格と行為との法則性を承認するのであるから、まず、「当の行為」についての責任能力を問題とする必要は、現実に生じな

い。責任能力は、単なる人格責任を阻却する一般的前提にすぎないから、責任の前提要件と解して支障はない。一定程度の異常性が認められれば、人格責任の問題は生じないということになる。

(1) 拙稿・意思自由の問題は刑法学上必要か(同法九六号)・四四頁以下を参照。

(2) Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht, Teil II, S. 134-135.

(3) 平野・人格責任と行為責任(刑法の基礎)・三八頁以下参照。

(4) この点でわれわれもまた責任能力を刑罰適応能力それ自体として把握しない。ただ、責任能力と刑罰適応能力を無縁のものとして考察することは妥当でなく、行為時の能力を基点として、将来への広がり把握しうるものでなければならぬ。この意味で、従来の責任能力概念が刑罰適応能力を無視するものではないという主張は、ややこじつけの観がある。

(5) 責任能力を責任要素として理論的に構成したのは、おそらく、フランクが最初であろう。Anm. R. Frank, Strafgesetzbuch, 18. Aufl 1931, S. 147. これを徹底したものとしては、Armin Kaufmann, Schuldfähigkeit und Verpötsirrtum, in Festschrift für Fberhard Schmidt, 1961, S. 319-342. である。なお、メッガーも同じ立場にあるが、彼のばあいは、人格の連続性を考えるのであるから、実質的には、責任前提と解する立場と変わらない。Leipziger Kommenter 8. Aufl., S. 364 f. なお Kaufmann との相違については、a. a. O., S. 322. わが国では、この立場を支持するのは、団藤教授のみであろう。

(6) 小野博士は、団藤教授やカウフマンに対して批判を加えたのち「私は、責任『能力』はあくまで身体的・精神的な……『人間』を基体とする、倫理的『人格』の問題であるとおもふ。それ故にその弁別の能力は単に自己の当該行為の是非を弁別する能力だけでなく、それを含めて、およそ行為の是非を弁別する一般的な能力でなければならない、とおもふ。それは、人格の持続性と統一性から来る当然の事理である」と論じておられる。わたくしも、団藤教授や、カウフマンの見解は、責任判断を二重に行なうという思考の不経済をおかしていることから、かりに、道義的責任論に立脚するとすれば、小野博士の見解が妥当なように思われる。

三 このような「人格の統一性」を前提として責任能力を構成したばあいに生ずる問題は、部分的責任能力論の処

遇である。部分的責任能力というのは、一定内容の行為については責任能力を欠き、それ以外の行為については、責任能力を有すると認められるようなばあいである。これは特にモノマニアやパラノイアについて論ぜられてきたものであり、限定責任能力の観念が存在しない英米では、⁽¹⁾これがよく用いられるのである。限定責任能力の観念を認めるわが国のばあい、学説、判例は、部分的責任能力の観念を認めないのであるが、しかしこの領域を認めることについても積極的なのは団藤教授である。教授は次のようにいわれる。

「人格の単一性ということから、当然に一部責任能力を否定することはできないものとおもう。なぜなら、単一不可分の人格を法的に評価して、ある方面についてだけ非難されうる能力があるものと考えすることは十分に可能だからである」。たとえば、強姦については病的人格に基因すると認められるが、⁽²⁾窃盗行為はその精神病と全く無関係であるというばあいがたしかにありうるであろう。しかし平野教授もいわれるように、「人格の統一性」ということを考えると、すでに精神病であるばあいその病状の過程で生じたすべての行為は、その精神病を原因としてみるとみるのが妥当であるように思われる。もっとも、「当の行為」についての責任能力を認める立場からは、必然的に部分的責任能力が承認されるといってよい。だが、「当の行為」についての能力を問題とし、しかも、責任能力を心理学的・規範的に構成しようとするならば、もはや、責任能力の存在する体系上の意義は全くなくなってしまい、違法性の意識ないし責任非難の中に解消されることになるであろう。因みに、団藤教授は生物学的に「人格の統一性」を主張しながら、⁽³⁾法的評価については、多面的に責任非難をなしうるとしているが、これは教授の人格責任論に矛盾するものと思われる。

ところで部分的責任能力の問題はアシャフェンブルクが人格の単一性を主張していらしい学界から姿を消していたが、

責任能力を規範的に純化する立場から今後議論が再燃することであろう。だが、われわれのように、責任能力からできるかぎり規範的要素を排除し、生物学的に經驗的に構成しようとする立場に立てば、部分的責任能力の観念は全面的に排除されざるをえない。なぜなら、ボッケルマンも指摘しているように、部分的責任能力を肯定すると、その行為は、行為の変性の結果であるかどうか、また、彼が他の人格構造を持つばあい、その行為を犯さなかったかどうかをまさに規範的に宣言しなければならなくなり、結局は意思自由の問題に帰らざるをえなくなるからである。⁽⁴⁾

(1) Glueck, *Mental Disorder and the Criminal Law*. 1954. p. 89. これは、実質的に刑の減輕を目指した理論であって、限定責任能力の観念と本質的に変わらない。したがって、限定責任能力の規定があるわが国のばあい、部分的責任能力の意義と機能は、やや、英米のばあいと異ってくるといえるであろう。

(2) 平野・前掲書・四九頁。

(3) 同じ批判として、小野・前掲論文(ジュリスト・三六九号)・九八頁。平野・前掲書・五〇頁。

(4) Bockelmann, *Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit*, ZStW. Bd. 75. S. 382.

四 右に述べたような見解に立脚するならば、行為者の「変性」と行為との関連、特に、行為が人格構造の所産と見られるばあいにはどのような要件を必要とするかということが問題になるであろう。この点について最も進んだ検討を加えているのは、アメリカの「精神病所産テスト」をめぐる議論である。⁽¹⁾ 周知のようにアメリカの大半の州は、M・ノートン・ルールによって責任能力存否の判断をしてきた。これは、人間の知的要素を軸とする正邪の知見能力をもって責任能力とする見解に立脚するものであるが、このような能力心理学に基礎を置くテストに対しては、精神医学者からの激しい批判があった。これらの批判者達のうち精神医学者の中で最も捻り多い成果を刑事裁判にもたらしたのは、アイザーク・レイであろう。⁽²⁾ 彼は「刑事事件においては、精神病者は、彼の行為が精神障害の直接または

間接の結果でないことを証明されれば、刑事上の責任を問われるべきではない」という原則を樹立すべきであると提唱し、したがって陪審員に犯罪行為が精神障害に基因するか否かの決定を認めるべきだと主張した。これは、犯罪行為が直接・間接に精神病の影響によるばあい刑事責任は認められないという原則に立脚するものであり、ここから「精神病所産テスト (mental disease product test)」と呼ばれている。そうして、このテストは、一九五四年にコロビア地区控訴院で適用された。いわゆるデュラム・ケースがこれである。⁽³⁾このルールでは、まず被告人が訴追されている行為の時に精神病または精神的欠陥の状態になかったという合理的な疑いを越えた確信に達したばあい陪審員は、被告人を有罪となしえないという一般原則を設定したうえで、さらに「被告人が精神障害に陥っていることを認定しただけでは、なお完全なものではない。もし精神障害と行為との間に因果関係が存在しないならば、いぜんとして当該行為については有責である」ということが確認された。このように、デュラム・ケースにおいては、精神病所産テストが樹立されたわけであるが、ここでの問題は、主として行為が精神病の所産であるということを確認するばあいに、どの程度の立証が必要かということである。この点、モデル刑法典の立案者の一人であるウェクスラーは、⁽⁴⁾精神病と犯罪行為との関係を「所産」という述語で表現するのは、すこぶる曖昧であるとしている。たしかに、被告人が行為時に一定の精神異常の状況にあるばあい、犯罪行為と異常性との因果関係を認定することは、かなり困難であるといつてよい。そこで、例えば、イギリスの死刑に関する王室委員会の決議のように「精神異常者が犯罪に出るばあい常に犯罪原因にその異常性が作用していることは間違いない」という見解も生ずることになるのである。⁽⁵⁾

団藤教授も指摘するように、⁽⁶⁾単なる生物学的方法では、責任能力の限界を定めることが甚だ困難であることは、たしかに認めなければならぬ。右の「精神病所産テスト」も、どこまで精神病と犯罪行為との関連が認められるかと

いうことについて曖昧であること、さらに、一定の精神異常の状態にある行為者の行為は、すべて、その所産であるとされれば刑事免責の幅が甚しく拡大するという理由からアメリカの実務において容易に採用されがたいのが現状である。しかしながら、人格の単一でないし統一性ということを考えるとき、すでに行為者が精神病であるということが認定されていけば、およそ、その行為者の行為は、かりに客観的には行為の意味法則性が認定されても責任無能力とした方が妥当であるように思われる。また、精神病を原因とする刑事免責の幅が、ニューハンプシャーやコロンビアで増加したという事実は認められないという報告が得られているのである。⁽⁷⁾かくして、被告人が精神障害に陥っているばあい、およそ彼の行為はすべて生物学的な「変性」という性格的な具体化と見るべきものであり、その関連自体を訴訟法上立証する必要はない。犯行時に行為者の精神状態に欠陥があること、このことについての証明で十分なのである。というのは、人格責任において重要なことは、行為者に精神的欠陥があったから不法な行為に出たということの確定ではなく、どのような行為者に対して、法規範がその命令の遵守を一般的に期待しているか、⁽⁸⁾ということだからである。かくして、その解答は、はっきりしている。社会的行動において正常な反応を示すもの、つまり、社会の大多数に属しているもののみ規範内容は妥当なのであって、それ以外のものは、法規範の存在を可能ならしめる法的共同体員から脱落しているものなのである、

- (1) 拙稿・英米刑法における責任能力の問題(同法八十五号)・参照。
- (2) Isaac Ray, *The Medical Jurisprudence of Insanity* (3d ed., 1855) §41, p. 58.
- (3) *Durham v. United States*(United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit 1954), See, Paulsen and Kadisk; *Criminal law and its Processes*, p. 317~324.
- (4) Weckler, "The criteria of Criminal Responsibility," 22. U. Chi. *Rev.* 367. (1955)

- (5) Paulsen and Kadisk, op. cit. p. 333.
- (6) 団藤・前掲論文・四七頁。
- (7) Wehlofen, The Urge to Punish, p. 174.
- (8) Anm. Bockelmann, Frwiederung, ZStW. 76. S. 258.

五 責任無能力を特徴づける人格構造の「異種性」ないし「変性」としては、通常、生物学的に四つの形式が考えられている。その第一は、いうまでもなく精神病である。もとより心因性の精神病をも含む。第二は精神的な発育不全、すなわち精神薄弱のばあいである。第三は、正常人における一時的な人格変性としての酩酊、催眠状態、熱性譫妄のばあいであり、第四は、問題があるけれども、精神病質のばあいである。⁽¹⁾ところで、わが国のばあいは、いわゆる限定責任能力の制度を認め、必要的減刑の措置を講じているのであるが、これは、責任主義と保安主義の関連において極めて困難な問題を提起している。そこで、限定責任能力の制度的概念構成および理論的位置づけの問題がまず明らかにされる必要があるかと思われるが、ここではまず、責任無能力と限定責任能力の程度概念における相違を明らかにし、さらには、前稿において示した変性ないし異種性の認定基準と判断方法を補充しておき、しかるのち制度的な問題に遡及して論じてみたいと考える。

ところで、国民の大多数から乖離する少数者としての「人格構造の変性を示す者」という意義は、それを実質的に把握するならば、結局、普通、正常の者においてはありえないような根拠、方法、形式によって動機形成が行なわれるようなものを指す点にある。しかし、実際、このような異常性が純粹に今日存在している精神医学ないし心理学等の経験科学によって鮮明にされうるかどうかは、かなり疑わしい⁽²⁾といってよい。ただ、少なくとも、われわれは、精

神病患者が責任無能力者の典型に数えられているということは否定しえないのである。そうしてこのような観念は、ポッケルマンも指摘しているように医学者と法律家の協定から生じたものではないのであって、われわれの社会規範の中から必然的に生じたものだといつてよいのである。この意味では、「変性」の判断は、裁判官や医学者の協定を基礎として成立するものではなく、まさに国民大多数の者の協定を基礎として成立するものである。⁽³⁾ところがこのよ
うな判断は、結局、社会的⁽⁴⁾政治的判断、ないし道義的判断を内容とするものであり、総じて規範的なものであるとい
うのが、従来からの見解であろう。その様な見解に立つとすれば、われわれの経験的方法は完全にその存立基盤を
失なうことになるが、現代のように多元的価値観が混在しているような社会にあって一元的な倫理的⁽⁴⁾政治的決断を
なすことは適當でない。かくして、⁽⁴⁾経験的⁽⁴⁾記述的な方法によって責任能力を確定することが好ましいといふべきで
あろう。もとより、現代の精神医学が、純粋に没価値的な方法によって器質的に異常性を診断確定しているわけでは
なく、その意味で生物学的方法と呼ぶこと自体、適當でないかも知れない。そこでは、社会科学との融合が、まさに問
題となっているのであって、臨床医学の領域からの脱皮が行なわれつつある。⁽⁵⁾だが、少なくとも経験科学の方法によ
って、因果関係が明らかにされている以上、「変性」の判断は、経験的方法にもとづいてなされるべきであり、国民
の大多数は精神病患者について責任能力を認めていると同様、もし、正常な行動様式から乖離する原因が人格構造の変
性にあることが経験科学によって明確にされれば、それに対して、共同社会の一般的構成員としての資格を彼に与え
ない、ということを承認することになるのである。ただ、先にも述べたように、現代の精神医学では、なお解決しえ
ないような領域、たとえば精神病質のばあい、それが責任無能力とされうるかどうかは依然として解決しえないので
あって、そこに裁判官の判断が介入せざるをえない領域がどうしても残らざるをえない。これがまさに限定責任能力

の問題である。

- (1) Mezger, Probleme der strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, 1949. S. 8 ff.
- (2) Lady Wooton, Social Science and Social Pathology, 1959. p. 237~240.
- (3) Bockelmann, a. a. O., S. 380.
- (4) 小野・前掲論文・(ジュリスト二六九号)・一〇三頁。西村・〈責任能力〉概念の解明(刑法雑誌四卷)・四一四頁。
- (5) Lady Wooton, op. cit., p. 243.

六 限定責任能力という領域を認め、その刑の減免を認める法制が確立したのは、ゼーリツヒが詳細に報告しているように、精神医学的、生物学的な認識の変化に基因しているのである。⁽¹⁾ところで、従来の通説である混合的方法に立脚しても、限定責任能力は、単なる程度概念として把握されていたのであり、一方では無能力者、他方では正常人には含まれた中間的概念であるとされてきたわけであるが、かかる中間概念の確定は、もっぱら、倫理的、規範的方法によってのみなしうるとされてきたのである。たとえば、メツガーは、狭義の精神病は「生活発展の意味法則的な連続性」が錯乱しているものとして無条件に免責されるとし、われわれのいう純粹に生物学的方法に依拠して責任能力を確定するのに対し、それ以外の例えば、疾病の段階が初期的なもの、あるいは軽症のばあいには心理学的分析によって、法的、社会倫理的評価の立場から判断する必要があるとして⁽²⁾いる。さらに、小野博士は、次のようにいわれる。「限定責任能力者というカテゴリー(は)、……精病医学的な認識に即して決定されなければならぬ問題であるが、その決定は精神医学そのものからは出てこないし、出てくる筈のないものである。それは、精神医学の権限を超える倫理的・政治的な決断の問題である⁽³⁾」と。

なお、メツガーが真正の精神病と正常性との間には、はっきりした境界線がなく、分離することを許さない連続性

を持つのであるから、その区別は、あくまで人為的なものたらざるをえないと注意しておきたい。また、小野博士は、限定責任能力の問題を、倫理的・政治的決断の問題だとしているが、依然として決断の内容が明らかにされていないように思われる。いずれにしも、生物学的方法によっては、限定責任能力を解決することはできないという点については、従来、争いがなかったといつてよい。

では、はたしてそうであろうか。

たしかに、生物学的方法に依拠したとしても、「変性」の実質は程度概念であり、精神医学の領域でも精神障害について病状の程度を認めていることは、論ずるまでもない。したがって責任能力の存否の判断については、その障害の重要度こそもっとも肝要なものとなされざるをえない。ポッケルマンが重大な錯乱とそうでないものとの区別こそ、全く基本的なもののように思われると述べているのは、この点に注意したからに他ならない。もつともこの重要度のどこまでを無能力としどこまでを限定責任能力とすべきかは、かなり困難な問題であつて、結局は実践的な処遇の角度から解決されざるをえないであろうが、少なくとも、意思自由の問題や、倫理的・政治的問題ではなからう。そこで、やや疑問はあるが、わが国の現行法が、限定責任能力者に対し刑の減刑を認めるいうことを前提として、いちおう次のような類型差を認めることはできるであろう。正常人に対応する「変性」の典型としてわれわれは、真正の精神病を例示してみたのであつた。これが、法規範の領域から除外されるのは、まさに、人格における意味法則的な連続性が錯乱しているからに他ならないのであつた。ポッケルマンの言葉を借りれば、人格核(Personlichkeitskern)の錯乱ないし麻痺状態にあるものである。これに対して、限定責任能力のばあいは、かかる人格核における変化が生じないで、予見能力、コントロール能力に欠陥があるようなばあいの軽度の変性を指す。このばあいは、人格構造の本質

的变化にまで達しないという意味で法規範の期待にある程度即応しうる人格構造を持つものということができらるであろう。こうして、従来の限定責任能力者のうちの大多数のものが責任無能力者に算入されうるものもあるであろう、ともいえる。もとより、このような判断は生物学的・経験的になしうるものであって、この立場からは、社会の通常人を基礎とし、それとの近接度によって確定されうるものである。

だが、このように規定したとしても、限定責任能力の程度概念は、依然として不明瞭なものを残していることは否定できないであろう。この点の苦悩を如実に示しているが、アメリカ法律家協会の立案したモデル・ペナル・コードの責任能力形式である。それによると「(1)人が、もし精神障害もしくは精神的欠陥の結果として行為したときに、自己の行為の犯罪性を判断し、または、自己の行為を法の要求に適應させる実質的能力を欠くばあい犯罪行為について責任は存しない。(2)精神障害もしくは精神的欠陥」という文言は、反復的犯罪またはその他の反社会的行為によって示されるにすぎない異常性は含まない」と規定している。ところで、この規定は、いわゆる混合的方法によって責任能力を構成したものと興味があるが、ここで最も問題とされるのは、法の要求に適應する「実質的能力」の観念である。だから、「その形式は、精神医学的に正当である。だが、正邪テスト(マック・ノートン・ルール)についての古くからの議論点であったいわゆる陪審員に対して明白な一定のルールを与えることこそ重要であるという問題は、一体どうなるのであろう⁽⁵⁾」という疑問が提出されたのは当然であった。立案者の一人であるウェクスラーは、このような批判に対して「実質的」というのは、量を示す語であり、その文脈上、行為者が行為を知見し制御する能力を有さない以上、責任がないということ、そのばあい、通常人の標準によって測定すべきことは明白である。もっとも、量それ自体は、目盛で測定するわけにはゆかないが、その目指す意図は全く明白である⁽⁶⁾」としており、その確定基準に

つては言明をさけている。これは、行為および自己抑制に関する能力は、精神医学的に明らかにしえないという考慮を基礎としているのであって、責任能力を事実問題として確定しえないから結局は、刑罰によって責任を問うのが妥当かどうかの判断にゆだねざるをえないという事情を物語るものといえるであろう。

かくして、筆者もまた、以上のように、生物学的・経験的方法に立脚したとしても、それが純粹の生物学的方法によって、単なる事実問題として記述的に構成できるとは考えていない。だが、少なくとも意思自由の問題や、倫理的・政治的決断の問題でないことだけは確かである。というのは、限定責任能力者といえども、人格における意味法則的連続性がある程度錯乱していることは、従来、争いがなかったのであり、その点では生物学的に確認されているからである。その際、わが国では限定責任能力を責任主義の立場から制度的に認めているがゆえに、まさに、どこまでが責任を問いうる範囲かということが、規範的に問題になるにすぎない。したがって、われわれの立場からは、一定の異常性があれば、その異常性と行為とに法則性を認めるのであるから、精神機能の障害があるかぎり、その程度問題とは無関係に責任無能力とされるべきだということになる。この限度で、われわれは純粹に生物学的たりうるのであるが、ただ、精神病質のような、精神医学的に法則化されていない現象については、やはり、処遇上の観点を導入しなければならぬのではないかと考えるにすぎない。

- (1) Seelig, Zum Problem der Neufassung der §51, im Festschrift für Mezger S. 213 ff.
- (2) Mezger, a. a. O., S. 8-9, ebenda. S. 38.
- (3) 小野・前掲論文。
- (4) Bockelmann, a. a. O., S.
- (5) Wechsler, op. cit. p. 39.

(9) Weeksler, op. cit. p. 40.

七 責任能力の概念規定を生物学的に構成すべきであるという主張の最も大きな支えとなっているものの一つは、受刑能力との関係、すなわち被告人をどのように処遇すべきかという判断に適していることにある。いいかえれば、害悪を内容とする意味的な統制手段としての刑罰を、被告人の人格構造が受容するかどうかという基準は、もっぱら生物学的にのみ確定しうるからである。ところが、本稿(一)でも述べたように、従来は、責任能力それ自体、責任論に固有の問題であり、刑罰の機能から責任能力の概念規定を試ることは、この問題を刑罰目的に従属させることになり、責任論を根こそぎにするものとして非難されてきたのであった。だが、責任論それ自体、常に刑の種類と撰択ないし量定という実践的なものに結びつくのであるし、同時に世界の立法趨勢から見れば、責任能力こそ、刑罰と保安処分との分水嶺となるのであって、この問題はまさに、本来、実践的問題とならざるをえないはずのものである。しかしだからといって、刑罰か保安処分かという実践的要請に責任論を直ちに従属させて、責任排除の方向にゆくことは、伝統的見解以上に批判されてしかるべきである。これも、さきに指摘したことだが、このような方向を選べば、おそらく刑法の保障原則が台なしになるものと思われる。

さて、筆者は、責任論の側から、責任能力の問題が生物学的に構成しうること、また構成すべきことをこれまで論証してきたのであった。そうして帰著するところ、責任能力者に対しては刑罰が妥当するということになり、無能力者に対しては、精神医学的な治療処分としての保安処分が適當である、という二元主義にいたらざるをえないように思われる。

ところで、制度的に限定責任能力の観念を認めるべきかどうかということは、立法上重要な問題である。英米では、

従来この観念を認めず、わずかに部分的責任能力を認めて補足したり、あるいは、イギリスでは殺人罪について、これを認めているにすぎない。また、フランス刑法も限定責任能力の観念を持たず、もっぱら、酌量減輕の規定（第四三条）を適用して限定責任を認めている。そのほかオーストリアもこの規定を持たない。

これに対して、ドイツでは、現行刑法の制定当時にはこれが存在しなかったが一九三三年の改正において第五一条Ⅱを設けて限定責任能力の観念を導入した。スイス刑法もこれを認め（第一一条）ているのであるが、大勢としては、限定責任能力の規定を持たない国が多い⁽¹⁾といってよからう。わが国は、ドイツ、スイスと同様にこれを正面から規定しているが改正の方向としては、限定責任能力を正面から規定しようとする傾向が強いことは否定できない。しかし、ここでは比較法的考察が主題ではないので、われわれの責任論の角度から、理論的にみてかかる制度が必要か否かを論証してみたいと考える。

限定責任能力の観念が立法化された要因は、まさに、責任能力論のいわゆる「存在の面」とされた精神医学の成果にあった。すなわち精神医学は、一九世紀から、精神病者と正常人とに介在する「中間者」の領域を認めていたのであって、これが立法に反映されたものとみることができる。ところで、この限定責任能力の理論的説明は、従来、必ずしも正確に、また本格的になされたことはなかったように思われる。この点、わたくしは、はなはだ奇妙なことを考えているのであるが、ここで若干問題点を指摘しておきたいと考える。

主観主義に立ち、刑罰適応能力をもって責任能力を観念する立場からは、あきらかに限定責任能力の規定を無意味なものとしていた。牧野博士は、次のようにその理由を述べておられる。「責任能力ヲ以テ刑罰適応性ナリト解スルニ於テハ、所謂限定責任能力者ニ対シテハ、ソレニ対スル適當ノ方法ヲ講スヘキモノト為スヘク、法律上特ニ限定

責任者ヲ認ムル必要ナシ。換言スレハ、精神障礙ニ因リ特別ノ処遇ヲ為スヲ然ルヘシト認メラルル者ハ、之ヲ刑罰ノ關係ヨリ除外シテ考フベキナルヘシ⁽²⁾としており、これは、責任能力を刑罰適応能力と解する牧野博士の当然の帰結といつてよいであろう。これに対して小野博士は伝統的立場から限定責任能力の存在理由を次のように説かれる。

「これは、いうまでもなく、道義的な『責任』の意識から来ることである。しかし、その『責任』の意識がまた理論的に限定責任能力を拒否する態度ともなる。蓋し、自由意思はあるか・ないかであつて、責任能力のある者となひ者とのほかに、あるともないともつかない第三の範疇を認めることはできない、という觀念からである」⁽¹⁾「(限定責任能力者に対して全面的に刑罰を放棄することは) 少なくとも、『責任』の原理を根拠とする刑法においては、許されないであろう。ただ、精神薄弱者又は精神病質者であつて、その知能又は情動の欠陥から、是非を弁別する能力又はその弁別に従つて行動する能力の著しく低い者・すなわち自由な意思決定によつて正しく行為することの困難な者に対しては、その犯罪行為の『責任』を軽いとしなければならぬ⁽³⁾」(傍点筆者)。ところで「責任能力すなわち自由意思」と解するのが小野博士年来の主張であつた。⁽⁴⁾しかしながら、博士は、意思自由の問題は、あるかないかの問題であるからそのいずれにも属さない第三の領域を認めることは、理論的問題として困難であることを承認されつつ、なお、「自由な意思決定によつて正しく行為することの困難な者」に対して「軽い」責任を認められるとされるのであるが、ここには、重大な理論的矛盾があるのではないだろうか。もし、意思の自由が若干でも残っているというのならば、小野博士の立場に立つかぎりそれは責任能力者にほかならないはずだからである。その点では、責任能力の制度を禁止の錯誤の中に解消しようとするアルミン・カウフマンの見解の方が理論的に明解であり、したがつて小野博士が、カウフマンにはげしく挑みかかる理由はないものと思うがどうであろう。(同じことは、伝統的立場に立つて、限定責任能力

を認めようとする見解にも妥当する)。

たしかに、小野博士の主張されるとおり限定責任能力が立法化された背景には、限定責任能力Ⅱ減軽責任Ⅱ減刑と
いう公式が存在したのであり、それは、もっぱら道義的責任論を軸とする応報刑主義とスムーズに融合したことは否
定できない。⁽⁵⁾

しかし、ややもすると右の公式が、最近では容易に受け入れられているように見られ、ことはもっぱら、実践的Ⅱ
刑事政策的次元でのみ論ぜられて理論的次元では十分に検討されていないように感ぜられる。ところで理論的な問題
としては、意思自由の問題と限定責任能力の関連も一つの好個な課題であるが、それと併せて問題にされるのは、や
はり、ドイツ刑法が限定責任能力を新設した当時のアッシュエンブルクの見解である。アッシュエンブルクは、
第五条Ⅱ項に対して、おおむね次のように主張する。⁽⁶⁾

彼によれば、人間の存在面から見た責任能力は、極めて流動的なものである。これに対して刑事責任の存否という
実用的な面から限界を定めるために、責任ある個人と責任のない個人との間に截然たる区別を責任能力は置かざるを
えない。責任能力はあるか・ないかのいづれしか存在しえないのであって、疑がわしい場合には責任能力を否定する
ことによって、不公平な裁判がさけられるのである。だから、第二項で疑がわしい中間者を責任あるものとしてはな
らないのであるという。アッシュエンブルクの主張は、保安刑に立脚してなされている点で興味がある。彼は、責
任主義に立脚すれば、結局、第五条Ⅱ項の存在理由はなくなるとしているのであるが、これは、ドイツ刑法が限定
責任能力者に対して任意的減刑を認め、保安処分を併用していることとも関連して、論ぜられているのでわが国のは
あいと必らずしも一致するものではない。しかし伝統的な責任刑主義の立場に対する基本的な批判であることに変わ

りはない。したがって、理論的に道義的責任を貫徹せば、限定責任能力を排除することこそ主張されなければならないはずである。そうして、このような理論的不備が、実務において限定責任能力を濫用するという弊害を生み出していることも看過してはならないことであると思われる。

このように、道義的責任論の側から限定責任能力の規定を設定することは、必ずしも、論理必然的に導かれるわけではないのである。また、先にも指摘したように、この中間領域は、存在の面からもまだ十分に明確にされているわけではなく、特に精神病質については、相当議論がなされている段階なのである。そうだとすれば、限定責任能力の問題は、責任論それ自体の問題として扱かわれるべきものでなく、むしろ実践的な面から構成されるべきであるように思われる。現在では、デンマーク刑法を筆頭に限定責任能力を刑罰適応性の立場から構成しているのは、この間の事情を適切に物語っているのである。

ところで、限定責任能力の立法措置は、わが国のばあいを除いては、殆んどが保安処分をその前提として認めただけで規定しているのであって、常に責任主義と保安主義の調和の上に構成されていることを、われわれは見逃がしてはならないのである。たしかに、現行のわが国の法制のもとにおいては、それを責任主義の立場から説明せざるを得ないことは、止むをえないであろう。しかし、それは本来そうすべきでないものが、立法の不備と相俟って、責任論に入ってきているだけのことである。したがって、責任能力の側からは、限定責任能力とされている従来のものは、本来、責任無能力とされるべきものと考えられる。人格構造に異常性があるものに対して害悪を内容とする刑罰を科しても、現実には何等の意味もなく、被処遇者の病状を悪化させるだけのようと思われる。

(1) 平野・犯罪者処遇法の諸問題・一一七頁以下参照。なお森下・刑法改正と刑事政策・一四七頁以下参照。

- (2) 牧野・日本刑法・一四〇頁。
- (3) 小野・前掲論文・一〇三頁。
- (4) 小野・刑法講義・一四〇頁。「私は、責任能力とは道義的責任能力、即ち道義的責任を負担する能力であると解する。…云い換えると道義的軌範による意思決定及び行為決定の能力であり、その意味に於て自由なる意思及び行為の能力である。約して自由意思といってもよい」と説かれ、新らしい論文より徹底した心理学的構成をしていた。
- (5) Aschaffenburg in Hohes Handbuch. 荻野訳三七頁。
- (6) Aschaffenburg in Hohes Handbuch. 訳四五頁以下。

八 人格を一つの「統一体」と考え、行為と人格構造との法則性を前提とするわれわれの立場からは、人格構造それ自体の「意味法則的な連続性」が錯乱していれば、責任無能力者とされ、人格責任が阻却されるというのが、責任論から演繹されるところの責任無能力概念である。それゆえ、生物学的に何らかの変性が認められれば責任無能力とされるべきであって限定責任能力の観念は、本来必要とされないというのが、われわれの帰結であった。もっとも、こう述べたからといって、責任能力概念の移行性が否定されるわけではないことは当然である。なぜなら、現代問題になつてくる精神病質では、正常性との限界線がまさに論議の焦点となつてゐるからである。だが、生物学的に限定責任能力の典型としてかかげられている「健全から疾病への移行状態にある者」「中毒の結果状態」「疾病・過労・妊娠その他の衰備状態」が認められるばあいには、従来のように直ちに限定責任能力者と見ることは、少なくとも否定されるべきであらう。

ところで、これらの理論的帰結は、現行法の解釈論としては、少なくとも現行法が限定責任能力の制度を置き、それを必要的刑の減免事由としてゐるかぎり、必ずしも正当なものとはいひがたい。そうとすれば、限定責任能力の

処遇上の問題に改めて戻り、以上のような帰結を基礎として、立法論を展開することこそ重要であると思われる。しかしながら、それらの処遇上の問題は、本稿の主題ではないので、ここでは深く立入ることを避けるが、われわれもまた、限定責任能力の問題は、責任原理から当然に割り出されるものではなく、実践的な問題であるという立場にあるので、その限度で論じておきたいと考える。⁽¹⁾

限定責任能力者をどう処遇したらよいか、また、限定責任能力と正常性との限界線にある精神病質をどうすれば刑罰目的および保安目的に適合しうるかという問題については、大まかにはあるが解答がえられているように思われる。立法的には、次のような類型がすでに示されている。

その第一は、ドイツないしスイスの刑法が採用する型であり、これは、限定責任能力者に刑罰と保安処分を併科するという方式である。わが国の準備草案の方向もこれに該る。これは、責任に対しては刑罰が、また保安目的に対しては保安処分が対応するわけではあるから二元主義の立場といつてよい。だがこのばあいでも刑は任意的減刑とされていることから、必ずしも責任主義によっているわけではなく、また保安処分にも刑罰の代替性を認めているので必ずしも二元主義とはいえない面があることは注意すべきである。

その第二は、限定責任能力を刑罰適応性の問題として処理するデンマーク型方式である。それによれば、「行為者が行為の際、性的異常を含む心理的能力の發育不全、低下または障害による一時的でない、第一六条(責任無能力)に定める以外の状態にあったときは、裁判所は医師の鑑定にもとづき、その他すべての事情を考慮して、刑罰による効果期待できるかどうかを決定する」(第一七条一項)というものであって、刑罰が否定されるばあいは、保安処分に刑罰代替性を認める立場である。これは、イギリスの精神衛生法の採用する立場でもある。

第三は、アメリカのモデル・ペナル・コード方式であつて、「精神医学的検査の結果、その精神状態が著しく異常であり、その犯罪行為が反復的もしくは衝動的な行動類型、または結果を意に介しない無関心を伴う執着的な攻撃的態度を示し、かつ、その状態のため被告人が他の人々にとって重大な脅威であると認められる場合」通常の刑期に加重して刑罰が科しうる（七・〇三条⁽³⁾）としており、保安目的を重視して刑を加重する立場である（もっとも、これは一元主義的立場に立ち、特に医療刑法が発展していることも併せて考慮されなければならない）。

右のように世界の立法傾向は、大きく三つの方向に類型化しうるのであるがこれに関して総じていえることは、限定責任能力の問題においては、責任原理が大きく後退しているということであつて、刑罰の意義ももっぱら保安処分に対する調整ないし補充機能の意味しか持たなくなつてきており、実質的取扱いには、責任無能力のばあいと殆んど変化がないのである。ベルギーの社会防衛法などは、その典型であり、また、スイスのばあいでも、限定責任能力の保安処分と刑罰の競合が生じたばあい、まず保安処分が科されると、後に刑罰が科されることは殆んどなく、かりに科されたとしてもその刑罰は、もっぱら保安目的に奉仕するために科されているのが現状である。⁽²⁾それは、ドイツの場合でも、おそらく同様だろうと思われる。そうだとすれば、二元主義の立場から責任無能力者と限定責任能力者を制度上分けるということは、ほとんど実益に乏しいように思われる。そこで限定責任能力を責任論から解明することは、無意味ではないかという立論が当然予想されるのであるが、この点について、現在注目すべき見解を提唱されているのは、井上教授と平野教授である。井上教授は、次のように主張される。⁽³⁾

教授はまず、「刑罰も保安処分も、責任に対する処遇にほかならないという観点において統一的にみられるべきである」という立場から一元主義に立脚することを明らかにしたうえで、刑罰と保安処分は質的な差でなく量的な差で

あり、両者の相違は改善更生の手段にある。刑罰は自律的改善を贖罪的方法によって期するのに対し、保安処分は他律的にその目的を達成する。限定責任能力者や常習者は、刑罰の作用を受容しないから保安処分によるべきだが、その作用を全然受け入れないわけではないから半治療的・半刑罰的な処遇が肯定される。したがって純粹の責任無能力者に対する保安処分とは異なり、法務者の管轄下に置かれるべきであり、純粹の保安処分は厚生省管轄にすべきだといわれる。この見解は限定責任能力の問題を処遇の面から考察し、半治療的・半刑罰的処遇という角度から保安主義と責任主義の調和を企てた点で極めて傾聴すべき見解であると思われる。そうしておそらく、かかる処遇の内容をもって教授は、デンマークの精神病質者刑務所のようなものを念頭においているのかもしれない。しかし、わたくしは、基本的にはこれに賛成ではあるが次のような理由によって疑問を感じないわけにはゆかない。教授の一元主義の立場や、規範的能力と可罰的能力の区別における議論点は除外しよう。それゆえここでは、限定責任能力者に対する半刑罰的・半治療的処遇の是非の問題に限定するが、教授は、責任能力を生物学的に構成すべしとするのであり、「変性」を以って無能力の基準とされたのであった。そうだとすれば、限定責任能力のばあいも変性を原因とするはずであり、可罰的行為がなんらかの意味で変性に関連がある以上、変性に対応する処遇、すなわち治療的処遇のみが固有の領域として認められるにすぎないのではあるまいか。半刑罰的・半治療的処遇は、正常者にこそ科されるべきであるというのが現代的傾向であるように思われる。さらにわれわれは、行為者が刑罰という害悪的統制手段を受け入れるかどうかの判断は、限定責任能力の程度概念よりもさらに困難であると考えてるのであり、それは、もっぱら生物学的判断に依存せざるをえないと思うのである。それこそが、実践的要請を刑法理論学の中にとり込みながら、刑罰目的に責任論を従属させない唯一の道であろう。

なお、立論の構成は、井上教授と必らずしも同一ではないが、結論的に同じ結果になると思われるのは平野教授の見解である。⁽⁴⁾ 教授は、刑罰の機能が社会的非難を具体化することによって将来行為者および一般人が同じような事態のもとで犯罪を行なわないように新たな「条件づけ」を行おうとするところに意味があるということを前提とする。そこで、このような刑罰は、これを受け入れるものについての意味がある。教授によれば、かりに人格を層に分けて考えると刑罰を受け入れることのできる人格層とそうでない層に分けることができる。限定責任能力のばあいは、両者が併存しているばあいであるから、刑を減輕し、必要があるばあいには、保安処分によって、その治療を試みるのが妥当であり、さらに精神病質のあるものに対しては、半治療的・半刑罰的な「混合的」な処遇が適当であろうともいわれる。なお、教授は、責任能力の立法化に対する提案を行ない「精神障害により、行為が法律上許されないものであることを弁別する能力を欠く者の行動は罰しない」とし、限定責任能力を正面から規定することに躊躇されている。そうして、右のような責任能力は結局刑罰適応性の問題だといっているのである。⁽⁵⁾

このように、平野教授のばあい限定責任能力の処遇については、かなり弾力性に富むものであるが、ここでも、われわれとしては若干の疑問を指摘すべきであろう。平野教授の責任能力にかんする立法上の提案が生物学的方法なのか混合的方法なのか不明瞭であるということは一応論外として、規範心理的層と生理的層の区別は、一体何に基準を置いて区別されるのであろうか。わたくしは、それを生物学的方法に求めたのであるが、教授は必らずしも、この方に賛成されるわけではなく、むしろアメリカの模範刑法典の形式に賛成されているようである。そうだとすれば、責任能力を刑罰適応性によって決定せざるをえなくなり、井上教授に対する批判と同様なことが当てはまることになるであろう。

かくして、わたくしの結論は明らかになった。責任無能力者および従来限定責任能力者と考えられているもの大部分のもの、これらは、いずれも同様の処遇を受けるべきであって両者を分ける実質的理由は乏しい。それゆえ保安処分としての治療処分が適当であるということになるのである。もっとも、治療の内容として両者が完全に同一のものである必要はないのである。これは、責任無能力者の中でも器質的精神病者と心因性精神病者に対する処遇方法が異なるのと同じ理由から当然承認されるであろう。

(1) 従来、限定責任能力者の理論的問題は、責任能力者との近接性において論ぜられてきた観がある。これは、責任の存否の場面で論ぜられてきた関係上止むをえないともいえるが、われわれの立場からは、むしろ、責任無能力者との近接性がまさに主題となる。

(2) Frey, Das Verhältnis von Strafe und Massnahme de Lege lata und de lege frenda. 66 Schw. Z. f. Str. 295. 平野、犯罪者処遇法の諸問題・一二〇頁参照。

(3) 井上・現代法と刑罰(岩波講座11)・一九九頁以下。なお、同少年法における保護主義と刑罰主義(シュリスト三五三号)・三二頁。

(4) 平野・行為責任と人格責任(前掲書)・四二頁以下。

(5) 平野・精神障害犯罪者と保安処分(精神障害と犯罪)・二〇三頁以下。

七　　む　　す　　び

一　以上わたくしは、本誌を四号に亘って借用し、責任能力と意思の自由に関する問題を検討してきた。ここでは、総じて、人格責任論を基礎づけるものは何かという課題を軸にして、意思決定論に立脚しながら、責任能力概念を従来の混合的方法にかえて、生物学的方法によって構成することが妥当であるという結論に達した。その際、常に念頭

に浮かんだことは、責任論の体系的地位であった。犯罪概念の根底であると同時に帰結ともなる責任論が、実践的な犯罪人処遇という問題とどのように結びつくのか、もはや、在来の責任原理は、過去の無意味な残滓として捨て去られるべきものなのかという疑念である。このような理論的課題に何らか答えうる方向として、わたくしは、ポツケルマンの所見を好意的に受けとめながら、生物学的方法を提唱してみたのであった。

ところで、先にも指摘しておいたことだが、このような生物学的方法が必然的に責任を性格論的に把握することにはならないのであって従来 of 道義的責任においても可能な方法であるとわたくしは考えるのである。しかしながら、生物学的方法が刑罰と保安処分という実践的な問題にすぐれて結合しやすいことは否定できないのである。平野教授や井上教授が、この方法に好意的なものも、もっぱらこの点にあるものと思われる。しかしながら、実践的視角を軸にして責任能力を構成することに対して、筆者はつとめてそれを回避しようと試みきたのであった。その理由は、主として次のような事情を考慮に入れたからに他ならない。すなわち、アシャフェンベルクが指摘しているように責任能力の存否は、責任の存否に結びつくのであるから、それを曖昧な形で認定することは適切でないのかかわらず、現在の精神医学の世界では、なお、かかる能力の存否について断言できない場合が比較的多いのである。その典型がまさに精神病質の場合であろう。これらの場面で、刑罰適応性を基準に判断したばあい、刑罰の機能は一般予防と特別予防の両面から現われるから、裁判官は主として一般予防的考慮を重視して刑罰の要否、したがって責任能力の存否を計算することになるであろう。これでは、責任に関する法的保障が掘りくづされてしまうというのが、わたくしの基本立脚である。だが問題は、さらにその先にあるように思われる。刑罰を機能論的に考察することは、それが本来犯罪の抑止という実践性を担っている以上、国家の刑罰経済から見ても否定できないであろう。ところで、刑罰の

抑止力は、人間の行動予測の問題として極めて実証的・功利的な性質を持つ。しかし、刑罰の威嚇力、一般的抑止力についてのわれわれの知識は非常に乏しいといってよい。特に、いかなる精神状態のものに対して刑罰を科したばあい、他人の行為を抑止しうるかという問題は、全然といってよいほど明らかにされていない。アメリカの学者達は、精神病患者を処罰して他の正常人の犯罪行為を抑止することは不可能であるという見解を示している。すなわち、異常者を処罰したとしても、一般人は、自分達と彼等は同視しえないものであるから、決して同じ運命に逢うことはない⁽¹⁾と考えるからだ⁽²⁾と彼等は述べる。一見、この見解には説得力があるように見えるが、心理強制説が批判されたようにこうした理性的なレベルでは、人間の心的現象を把握できないということは、今日、明らかだといふべきである。いづれにしても、このように人間の行動予測に対する目算が科学的に立証しがたい現在、刑罰適応性の問題として一般予防を考慮に入れることは不適切だといつてよいのである。

生物学的方法が実践的機能を持つといわれるのは、この方法が処遇の実質を提供するからに他ならない。それはもっぱら特別予防の観点からの処遇を意味するのであるが、もっとも、現在の刑罰体系が、いなる精神状態にあるものに適用されたとき特別予防の効果が現われるかということに対しても、今日の経験科学は明らかにしていないこと、先のばあいと同様である。だが、少なくとも治療が適切か、害悪的手段に妥当するかの判断は、精神医学からある程度の解答が提供されているものと思われる。⁽¹⁾

このように理解すると、M・E・マイヤー以来、重要な論点とされた責任能力における了解の問題は、相当はつきりすると同時に裁判官と精神鑑定との関連も一応明確になるであろう。従来、裁判官の判断と精神鑑定の結果とは、しばしば喰い違いを生じてきた。それは裁判官が心理学的方法を強調し価値判断を行なうのに対し、精神医学者は、主

として生物学的な事実判断を行なうという対立的な判断を行なうからだとされ、それは、判断基準の相違からくる当然の結果だとされてきた。その際、裁判官の「了解」の問題が論ぜられ、「了解」とは、精神的現象の意味法則的連関への編入を指し、このような編入は、記述的⁽²⁾規範的、内実を備えるものとされてきたことも大きな原因である。しかし、記述的⁽²⁾経験的な方法に立脚する以上、かような了解は、特に問題にならない。要するに意味的⁽²⁾因果的法則性に関する説明を以って足りるものと思われる。もっとも人間の精神現象においては、その説明自体「了解」を前提とするともいえるが、しかし、「了解」それ自体が経験的基礎に立脚する以上、裁判官と精神医学者との間に方法上の差異はないものといわなくてはならない。さらに、ポッケルマンもいうように、⁽³⁾このような了解能力は、正常人であるならば、すべて持つものだともいえるであろう。このように考えてくると、平野教授のように「法の要求がどの程度であるか、いいかえると一般予防的要求がどの程度考慮されなければならないか」について「裁判所はよりよくこれを判断できる立場にある」⁽⁴⁾から、精神医学者と裁判所の判断がある程度違ってきても止むをえない、とすることに對しては、やや疑問を感じざるをえない。

では、裁判官の判断は、完全に精神鑑定の判断に拘束されなければならないであろうか。これは、まず、現行法の建前からいっても否定されなければならないであろう。しかしさらに、現在のように精神医学の領域でもなお、実証的に不明なものがある以上、それが国民の大多数の範疇に入るかどうかの判断は、どうしても裁判官固有の判断を必要とするものと思われる。だが、それは、あくまでも経験的角度からなされるべきであって自己の倫理的⁽²⁾政治的判断を織り込んではならないものと思われる。

(1) Helen Silving, *Mental Incapacity in Criminal Law*, (*Current Law and Social Problem II.*) p. 2 以下に詳しい検

討がある。

- (2) M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts 2 Aufl. 1923, S. 205-208.
- (3) Bockelmann, a. a. O., S. 380.
- (4) 平野・責任能力(法学セミナー、一九六七年九月号)・二三頁。

二 責任能力の問題は、その他、刑事未成年者、瘖啞者の問題等、多くの論点をかかえている。特に訴訟法上の問題も論ぜられなくてはならなかった。それらについては、右の基本的路線に従って再検討されることになるであろう。右にとりあえず、責任能力と意思の自由について問題点を指摘したのであるが、本稿を脱稿する直前に平野教授の責任能力論が提供され、その方向が本稿と近似しており、しかも数段鋭い論調で展開されていることから、本稿の意義も殆んどなくなってしまうといってしまうかも知れない。しかし、私自身の異論もあるので、その辺から責任能力論の更に深い洞察が筆者においてえられていれば、幸いに存する次第である。