

琉球大学学術リポジトリ

刑事責任能力とは何か？ —その歴史的展開と現代の課題を概観する—

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2008-05-09 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 青木, 孝之 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/5869

刑事責任能力とは何か？

その歴史的展開と現代の課題を概観する

青 木 孝 之

はじめに

- 一 刑事責任能力なる概念
 - 1 通説的な理解
 - 2 規範的責任論
 - 3 近代西洋の理性的人間観
- 二 刑事責任能力の判断基準
 - 1 混合的方法
 - 2 生物学的要件と心理学的要件
 - 3 弁識能力と制御能力
- 三 ドイツ法圏における刑事責任能力の歴史的展開
 - 1 近代以前（古代から中世まで）
 - 2 近代における個人責任の確立
 - 3 混合的方法への移行
 - 4 自由意思をもつ理性的個人の完成
 - 5 現代思潮からの批判
- 四 英米法圏における刑事責任能力の歴史的展開
 - 1 マクノートン・ルールの時代
 - 2 ダラム・ルールと反精神医学の批判
 - 3 1960年代以後の展開
- 五 了解可能性の概念

- 1 混合的方法の虚構
 - 2 実質的基準としての了解可能性
 - 3 了解可能性概念の問題点
- 終わりに

はじめに

本稿は、平成19年9月11日に沖縄県那覇市内で開催された第27回司法精神医学懇話会で発表した内容を加筆・修正したものである。発表の契機は、佐藤直樹『刑法39条はもういない』（2006年、青弓社）という極めて刺激的なモノグラフィーに出会ったことにある。本稿の内容も同書に大いに依拠しており、これを頻繁に引用する。その意味で、新たな知見を付け加えた「論考」というより、同書をきっかけに責任論の根底にあるものを問い直し、自分なりの視点で整理した「研究ノート」に近いものといえるかもしれない。

ただし、本稿の目的は、同書のそれとは異なる。同書は、題名が示すとおり、刑法39条削除説の立場（責任能力の概念を不要とする立場）から、近代刑事法が前提とする刑事責任能力の概念が、決して精神障害者に対するヒューマニズムにもとづくものではなく、むしろ欺瞞に満ちたものであることを明らかにしようとするものである。しかし、率直に言って、筆者はこの点に関する態度をいまだ決めかねている。本稿では、現在の責任論が置かれた状況を正しく理解するために、われわれが当然の前提として議論している刑事責任能力なる概念がどのように形成され、どのようなものとして、なぜ必要とされてきたのかを、改めて整理・確認してみたい。

一 刑事責任能力なる概念

1 通説的な理解

単なる倫理的・道義的非難にとどまらず、刑罰という制裁をもってする非難を正当化する「刑事責任」とは、そもそもいかなる概念か。代表的な学説は、刑事「責任とは、行為者に対する非難可能性をいい、その実質は適法行為の期待可能性にある」^(注1)という。当該犯罪行為の時点で、他の適法行為に出ることができたにもかかわらず、犯罪行為を選択したことが刑罰という非難に値するということである。このような考え方（規範的責任論）は、程度・ニュアンスの差こそあれ、現代の学説に広く承認されているといってよい。

では、このような「刑事責任」概念を前提にした、刑事責任「能力」という概念はいかなるものか？同じく代表的な学説は、「責任能力とは、有責に行為する能力すなわち責任非難を認めるための前提としての人格的能力をいい、「その内容は、行為の違法性を弁識し、それに従って自己の行為を制御する能力と解すべきである。このような能力を有する者に対してのみ適法行為の期待が可能であり、責任非難を加えることができるからである」^(注2)という。ここではじめて、行為の違法性を弁識する能力（弁識能力）と自己の行為を制御する能力（制御能力）という概念が登場する。これらの能力を有しない者に対し、適法行為を期待することはできず、刑罰という非難を向けることもできないとして、弁識能力及び制御能力という概念も、適法行為の期待可能性という概念を媒介にすることで、非難可能性と結びつけられ、統一的に把握されているのである。

ここで、ついでにという用語があるが、刑事責任一般と刑事責任能力の関係について確認しておこう。周知のとおり、理論刑法学は、責任能力は責任の

^(注1) 大谷實『新版・刑法総論講義 [追補版]』333頁

^(注2) 大谷・刑法総論講義（前出注1）337頁

一要素か（責任要素説）、それとも責任の前提か（責任前提説）という形で、責任能力を犯罪論体系のどこに位置づけるのかについて議論してきた。本稿は、この点を論じることを目的とするものではないが、結論から言うと、責任前提説に理があるように思われる。責任能力概念は、弁識能力という知的能力や、制御能力という情意的能力の有無・程度を問題にするものであるが、行為者本人にこれらの能力が欠ける以上、当該事例における客観的状況を前提にその社会的意味・法的意味を検討しても実益がない。その意味で、責任能力は、他の責任要素の論理的な前提とまでいえるかは別にして（それは各自の拠って立つ犯罪論体系によって異なり得よう）、少なくとも事実的な前提だといえるはずだからである。論者も、次のようにいう。「責任阻却の原理は究極においては期待可能性の不存在にあるが、その判断に至る以前に、人格的能力を欠くために責任を阻却・軽減する場合がある。その事由を責任無能力および限定責任能力という」^(注3)。「知的能力も情意的能力も、一定の生物的・器質的条件を備えていることを前提としなければ、本来的には議論し得ないものであろう。その意味においては、責任前提説が妥当である」^(注4)。「責任は、裁判官の判断（非難ないし帰責）そのものではなく、その判断を可能にする行為者の状態（非難可能性）と解すべきであり、責任能力と故意・過失によって非難可能性が推定され（原則型）、期待不可能性によってその推定が破られる（例外型）という基本構造のもとに理解されるべきである。やはり責任能力は、故意・過失の能力として『責任前提』であり、また『決定規範の名宛人たる能力』という意味でも『責任前提』と解すべきである。責任要素説は、つきつめれば、『弁識能力』を違法性の意識の可能性に、『制御能力』を期待可能性に解消し、故意・過失を責任論から放逐することと相俟って、『行き過ぎた規範化』に導き、責任をいわば裁判官の頭の中にあるものとしてしまう危険があるといえよう」^(注5)。

^(注3) 大谷・刑法総論講義（前出注1）336～337頁

^(注4) 伊東研祐「責任能力」西田典之＝山口厚編『刑法の争点 [第3版]』83頁

多くの説明は不要であろう。私見も、これらの見解を基本的に妥当と考えており、このような理解を前提に以下の論述を進めていく。

2 規範的責任論

前記のとおり、刑事責任ないし刑事責任能力という概念の根幹をなすのは、「行為当時、他の適法行為に出ることは選択可能であったし、その選択に基づいて実際に適法行為に出ることも可能だったはずだ」という期待可能性の考え方である。現代の刑法学説は、ほぼ例外なく、この期待可能性なる概念を責任論の根幹に置いている。このような考え方は、規範的責任論と呼ばれており、学説史的には、心理的責任論を克服することによって、通説の地位を占めたとされている。心理的責任論によれば、犯罪事実の認識（故意）あるいはその不認識（過失）という心理状態そのものが責任の本質ということになるが、このような考え方では、認識（故意）と不認識（過失）という構造的に異なる行為者の内面を包摂して統一的に論じることができない。また、逃れようのない強制下で違法行為に出た者の責任を基礎づけることもできない。そこで、「適法行為に出るべきであったし、それは可能であったのに、規範的要請に反して違法行為に出た」ことが責任非難の実質であるとする、規範的責任論が通説化したのである。

論者の説明を概観してみよう。「刑罰が効果を発揮するためには、刑罰が社会倫理的基礎を有する適正なものでなければならず、その意味において、自由と責任の意識を前提とする行為主義に立脚した道義的責任観念を否定することは許されない。この観点からすると、法の命令に従って意思決定をなしうる者が、法規範の国民に対する期待に反して違法行為を決意した場合にのみ責任非難が可能となるから、責任を決定づけるものは、責任能力、故意・過失以外の

(注5) 浅田和茂「責任能力論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 [総論]』220頁

要素、すなわち期待可能性という規範的要素であるとする規範的責任が妥当である」、「このようにして、刑法における責任とは、構成要件に該当する違法行為の代わりに適法行為を決意することが期待できたにかかわらず、違法行為を決意したことについての行為者に対する非難可能性をいうと解すべきである」^(注6)、「刑罰が、犯罪と呼ばれる行為を惹起した行為者に向けられた社会的非難であるとの広く承認された命題を前提にすれば、その非難の前提として、具体的状況下において自己の採り得る（社会的に有意味・合理的と考えられる限度での）選択肢を構想し、その選択肢の社会的意味及び許容性を（社会的に承認される限度内の基準に従って相応に）判断し、その判断を前提に（刑罰で条件付けられ得るにせよ、自律的に）選択した結果としてある行為を行う自由を措定せざるを得ない」^(注7)、「責任を非難可能性と理解し、非難を回顧的にとらえる以上、行為時における当該行為者の他行為可能性が、その前提になるものと解さざるを得ない」^(注8)。

繰り返しになるが、これらは、現在の刑法学で概ね異論なく受け入れられている内容である。ここで注目すべきは、「刑罰が、行為者に向けられた社会的非難であるとの命題を前提にすれば、その非難の前提として、自己の採り得る選択肢を構想し、その選択肢の社会的意味及び許容性を判断し、その判断を前提にある行為を行う自由を措定せざるを得ない」、あるいは、「責任を非難可能性と理解し、非難を回顧的にとらえる以上、行為時における当該行為者の他行為可能性が、その前提になるものと解さざるを得ない」という表現に表れているとおり、規範的責任論の鍵となる概念である行為時の他行為可能性は、存在論的にその有無が確定できるものではなく（そんなことは神ならぬ人間の身には不可能である）、具体的状況下において存在し

^(注6) 大谷・刑法総論講義（前出注1）332～333頁

^(注7) 伊東・責任能力（前出注4）82頁

^(注8) 浅田・責任能力論（前出注6）210頁

たかどうかを回顧的な評価によって決するほかない、評価概念（ある種のフィクション）として捉えられていることである。これはある意味で当然のことであるが、刑罰という、国家が独占行使する制裁措置を曲がりなりにも可能にしているものが、現実の行為者に本当に他行為可能性があったかどうかは別にして、「このような状況下であれば、あえて犯罪行為に出なくても、適法な行為に出ることも可能だったはずだ」というフィクショナルな評価を内実としていることは、刑事責任の本質を考える上で、改めて確認しておかねばならない。

3 近代西洋の理性的人間観

このような責任観の根底にあるものは、いうまでもなく、自ら行為の当否・利害得失を判断し、その判断に基づいて自らの行為をコントロールできる能力をもつ理性的な人間像である。精神の障害によりこのような能力を喪失あるいは減弱した者は、それゆえ非難の前提を欠くものとして、刑罰を科せられないか、あるいは減輕されるのであろう（刑法39条参照）。また、未成年者のうち一定の年齢以下の者は、かかる能力を定型的に欠くものとして、刑事無責任として扱われるのであろう（刑法41条参照）。

しかし、このような前提が社会的事実として成り立っているかどうかは疑わしい。多少なりとも実務を経験した者ならばすぐに分かるとおり、実際に犯罪を犯し、あるいは非行を行って手続の主役として現れた人間は、多くの場合、そのような理性的な存在ではない。あるいは意志薄弱で、あるいは判断力が欠如した、弱い感情的な人間であることがむしろ普通である。激情犯とか、確信犯とか、昔から論じられてきた理論的問題を持ち出す以前に、犯罪や非行の主体が、行為の当時、周囲の状況を十分把握した上で自らの理性的判断によって選び取った行為を実行した人間だというのは、多分にフィクションにすぎない。これが、実務経験者のほとんど全部に共有されている実感といってよいのではないか。

ただ、上記理性的人間観に基づく通説も、このような人間観がある種のフィクション（仮構）であることを正面から否定しているわけではない。自由意思の存否という哲学的命題については、かねてから議論されてきたところであるが、現在では、その存否はそもそも不可知であること、ないし刑法理論にとってこの点に関する態度決定は必ずしも不可欠ではないことを前提に^(注9)、されど刑罰を基礎づけるためにはある種の意思の自由を措定せざるを得ないとの考え方が主流であるように思われる。理性的人間観ないし意思自由論は、そのような意味をもつものとして、近代西洋に源流を有する社会科学の諸相において、依然として、単なる法律学における説明概念の域を超えた確固たる地位を占めている。刑法学者・シューネマンは、次のようにいう。「意思自由は、単なる生物・物理学的事実ではなく、いわゆる現実の社会的再構成の一部であり、しかも、それは、私見ではヨーロッパ文化のとくに基層に属しており、その放棄は、その文化全体の解消なしには考えられない」^(注10)。何百年かの歴史を経て、近代西洋の文脈における「個人」や「社会」の確立に伴って築き上げられたかかる人間観は、文字どおり、「ヨーロッパ文化のとくに基層に属しており」、そう簡単に代替の利く代物ではない。われわれは、そのことをふまえた上で、刑事責任能力の概念を見つめ直さなければならない。

^(注9) 堀内捷三「責任論の課題」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 [総論]』188頁は、「今日の責任論の到達点に立って意思自由論を検討する場合、刑法においては、非決定論へ決定されてもいなければ、決定論へと決定されているわけでもない。意思自由をめぐる問題は刑法にとっては仮象問題にすぎない。それは意思自由は肯定も否定もできないからではない。意思は自由であることあるいは意思は決定されていることのいずれかを擬制、前提にしなければ今日の刑法理論の構築が不可能であるとはいえないからである。」とする。

^(注10) B.Schünemann, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstaftrecht, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 153ff. (163).

二 刑事責任能力の判断基準

本項では、現在のわが国の判例・通説によって承認されている刑事責任能力の判断基準とその問題点を概観しておく。

1 混合的方法

周知のとおり、判例は、精神の障害により弁識能力及び制御能力の両方あるいは少なくとも一方が失われた状態を「心神喪失」（刑法39条1項）、それらが著しく減退した場合を「心神耗弱」（同条2項）とし^(注11)、通説もこれに従う。この枠組みにおいては、まず精神障害の有無（a）が前提として判断され、その存在が肯定された場合に、それにもとづく弁識能力（b）、さらには制御能力（c）の有無・程度が判断されることになる。一般に、前者（a）を、行為者に「精神の障害」、すなわち精神医学上「病気」とされる事由があるか否かに着目したという意味で、生物学的要素と呼ぶ。また、後者（b及びc）を、行為者の内面に着目し、是非の判断及びそれにもとづく行為制御という精神作用が機能しているか否かを問題にする意味で、心理学的要件という。そして、これらを併せて問題にすることから、かかる判例・通説の枠組みは、全体として混合的方法といわれる。

このような混合的方法に対しては、生物学的的方法と心理学的的方法という対置の仕方は、デカルト以来の「身体／精神」、「もの／こころ」、「客観／主観」という心身二元論あるいは主客二元論に立脚しているとの興味深い指摘がある。「生物学的」とは身体・ものに代表される、測定可能な対象（客観）のことであり、「心理学的」とは、精神・こころに代表される、対象を測定する意識の主体（主観）だということである^(注12)。いささか図式的な感もあり、すべてが二

^(注11) 大判昭和6年12月3日刑集10巻682頁

^(注12) 佐藤直樹『刑法39条はもういらぬ』21頁等

元論に還元できるのかという気がしないでもないが、生物学的要件が、専ら外観によって判断できる客観的事象を対象とするという意味において、自然科学的観察に基礎を置くものであり、他方、心理学的要件が、行為者の内面を行動等の外部に現れた資料から推測・判断・説明するという意味において、心理学的観察に基礎を置くものであることは間違いないであろう^(注13)。その限りにおいて、かかる指摘は有用というべきである。

2 生物学的要件と心理学的要件

二元論的方法論であるとの指摘の可否はさておくとしても、判例・通説の採る混合的方法に対しては、直ちに、幾つかの論理的な疑問が提起される。その最たるものは、そもそも、生物学的要件（前記 a）と心理学的要件（同 b 及び c）は、截然と区別できる並列的な要件なのかということである。

前記のとおり、前者が自然科学的観察に、後者が心理学的観察にそれぞれ基礎を置くものだとしても、実際に問題となる（事実認定の対象となる）これらの要件は、多分に重なり合っている。法律学として、もちろんそのことは意識しており、早い時期から、例えば、「生物学的要件といわれる精神病の場合でも、脳の器質的変異が証明されることは稀れで、代表的な精神病といわれる精神分裂病や躁鬱病ではそのような生物学的変異は見出されないといわれるし、さらに、心理学的要件といわれる弁別力や行動力はむしろ規範的概念である」^(注14)とされてきた。しかし、精神医学の立場から、「法律学者にとって、おそらく

^(注13) ここでの「自然科学的」、「心理学的」という表現は、精神医学が自然科学であり、心理学が人文社会科学であるという、現在の知のデマケーションに一応従ったものである。

なお、このようなデマケーションがどこまで正確であるかについては、議論の余地があることはいうまでもない。それは、例えば、カール・グスタフ・ユングが、精神医学者であるのか、臨床心理学者であるのか、宗教科学者であるのか、哲学者であるのか、そのような議論を想起すれば、容易に分かることである。

^(注14) 佐伯千仍「責任能力の判断について」『刑事裁判の諸問題・岩田誠先生奉寿祝賀論文集』7頁

生物学的要素という時、精神病の診断およびその障害の程度が（今日通用している意味での）生物学的に測定できると考えているのではないか。」「医学は生物学であり、精神医学も生物学的に、いいかえれば自然科学的・客観的に精神の病気とその程度を判定できるのだらう、と思ひこんでいるのではないか。」「精神病というものがその基盤に生物学的な過程をもつにしろもたないにしろ、今日その診断と精神障害の程度の判定は、生物学的ではなく、心理学的（今日の普通の意味で）、精神医学的に行われているのである。基盤の生物学的基礎が明瞭な器質性精神病においてすら、そうである。」^(注15)と指摘されると、生物学的要件と心理学的要件の關係に改めて思ひを馳せざるを得ないのである。

このような問題意識から、例えば初期の大谷説のように、混合的方法を排し、生物学的の方法のみによって責任能力を判断すべしとの言説が出てくる。同説は、

混合的方法の心理学的要件は「意思自由＝非決定論」を前提とするが、それでは意思と人格の連結点が崩れ、刑罰は単なる応報となって適当でなく、他方、決定論も予防刑に至って適当でない、むしろ意思・行為と人格の法則性を認めたくえ、法規範は規範的人格態度の形成を国民に義務づけており、国民は、異常な人格と異常な人格環境さえなければ、それが可能だったという擬制を受ける、と解すべきである（人格責任論）、かくして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と乖離し、異種性ないし変性を示すときが責任無能力である。」とするのである^(注16)。

また、混合的方法を前提にしつつ、生物学的要件と心理学的要件の実質的な重なり合いを意識し、実際の判断においては、「生物学的要件と心理学的要件の間に、ゆるやかな事実上の推定の關係が認められるべきである」とする学説も存在する。同説は、「推定の強弱は、『精神の障害』の種類ごとに異なるが

^(注15) 原田憲一「器質性精神障害と責任能力 責任能力論一般にもふれて」『臨床精神医学』12巻9号1115頁

^(注16) 大谷實「刑事責任の基礎」134～147、177頁以下。ただし、大谷博士はその後改説し、混合的方法の採用を明言するに至っている。前出注2参照。

（推定の特に強いものがコンペンションといえよう）、各精神障害の病像が明らかになるに依じて、漸次『豊富な経験則』が形成され、それが裁判官の自由心証を合理的にコントロールすることになる。」と主張するのである^(注17)。

3 弁識能力と制御能力

生物学的要件と心理学的要件の関係のみならず、弁識能力と制御能力の関係もまた曖昧であり、その区別・判断方法には困難がつきまとう。精神医学の立場からよくいわれるのは、重度の精神障害者であっても、何がしてはいけない悪いことかという意識はそれなりに有しているのが通常であるから、弁識能力を字義どおりに解すると、同能力の存在を肯定せざるを得なくなる^(注18)。その一方で、妄想にとらわれて犯罪行為に出た統合失調症患者の事例を想定すれば容易に分かるとおり、どの精神障害者にも、「こうせざるを得なかった」という主観的理由・必然性があるからこそ行為に出るのであり、その意味で、制御能力の有無を正面から問われても返答に困るということである。

このような事情から、混合的方法を前提としつつも、心理学的要件、とりわけ制御能力については、精神科医は判定できないとする不可知論を前提に、生物学的要件は主として鑑定人の事実に評価に、心理学的要件は専ら裁判官の規範的評価に委ねられるべきだとする考え方が出てくる^(注19)。さらには、同じく混合的方法によっても、心理学的要件として制御能力をあげるのは、「自由意思の問題をとりこむことになり、また、その判定が困難であるのみならず、最も危険だとされる精神病質者まで責任無能力者と判定されてしまう可能性があるから」、弁識能力のみを要件とすべきだと主張する学説も出てくる^(注20)。

^(注17) 浅田・責任能力論（前出注5）217頁

^(注18) B. Diamond, *Criminal Responsibility of the Mentally Ill*, 14 *Stanford L. Rev.* 1961, pp. 60~61.

^(注19) 植村秀三『刑事責任能力と精神鑑定』（司法研究報告書8輯7号）33頁。

^(注20) 墨谷葵『責任能力基準の研究』219頁以下、227頁。

前者は、半ば事実認定における採証法則の問題であり、また後者については、精神病質者であっても、真実期待可能性が減少していたのなら、実体法の解釈論としては責任を減輕せざるを得ないのであって、危険だから完全責任能力というのでは、社会防衛の見地からする結論の先取りであり、伝統的な責任論の枠組みと整合するのか疑問であるとの批判が妥当しよう^(注21)。したがって、これらの学説に組するわけにはいかないが、通説の判断枠組みを考える上で、かかる少数説の投げかける疑問は、決して無視し得ない問題をはらんでいるのである。

三 ドイツ法圏における刑事責任能力の歴史的展開

前項までで、わが国の判例・通説における刑事責任能力の枠組み及び判断基準を概観した。では、なぜこのような枠組みと判断基準が定着するに至ったのか。それを明らかにするため、本項では、わが国の刑法学が圧倒的な影響を受けているドイツ法（ゲルマン法）圏における刑事責任能力概念の歴史的展開をみてみたい。そのことによって、わが国の議論の現状が浮き彫りになるからである。

1 近代以前（古代から中世まで）

近代的な刑事司法制度や刑事責任能力の概念が確立する遙か以前、古代から、精神の障害がある者については、その刑事責任が問われない、あるいは軽減されるという法理が存在したという。そのことを端的に示すのが、ローマ法の昔から現代に伝わる、「不幸な運命が狂人を弁護する。狂人は自らの運命によっ

^(注21) 浅田・責任能力論（前出注6）215～216頁も同旨。

てすでに罰されている。」との法謬である。たしかに、精神医学が確立する以前から、精神の正常な営みを欠いていることが外観上明らかな者に対し、通常の者に対するのと同じように刑罰を科したり、あるいは刑罰をもって威嚇したりしても仕方がない、実益がないとの感覚が存在したというのは、理屈は別として、分かりやすい話である。

そして、このような感覚は、精神障害者を罰するのは忍びない、気の毒だという、ある種のヒューマニズムに由来するものだというのが一般的な理解である。例えば、精神医学者・中田修は次のようにいう。「狂った者、愚かな者、幼い者では、是非弁別を判断する能力や、判断にもとづいて自らの行為を制御する能力が失われているか、著しく減退しているであろうというのは、すべての人間に共通した認識ではなからうか。」「責任能力の概念は人間の心のなかにごく自然に胚胎したもので、その意味では非常に根深いものである。つまり、責任能力の概念の起源はごく日常的な人間の経験の中にあり、精神障害者などに責任能力の減退を認めることは人間愛に発するものである」^(注22)。

ただ、この点については留保が必要に思われる。近代以前の社会において、現代のわれわれが思っているような、「個人」、「社会」、「責任」、「人間愛」といった概念が所与のものとして成立していたかは極めて疑わしい。どんな時代においても、精神障害者に対する刑事免責について、ある種の同情・慈愛の精神がその根底にあったことはおそらく間違いないが、古代や中世におけるそれは、現代のわれわれが無意識に想定するような、曲がりなりにも確立した「個人」が別の「個人」に対して抱く感情ではなくて、個人と共同体が未分化だった時代における、共同体全体が共有する痛み・皮膚感覚のようなものであつたろう。それは、共同体の成員が各自有するものの集合体ではなくて、共同体が全体として共有する分ちがたい人間の紐帯だったはずである。犯罪社会学者

(注22) 中田修「司法精神鑑定の争点」『臨床精神医学』10巻7号793頁

の土井隆義によれば、「個人というフィクションは、近代以前の社会には存在していなかった。当然、個人の自由意思にもとづいた内面動機による行為理解というパラダイムはまだ登場していない。行為の源泉は、人間を超越した宗教的な存在であったり、地縁や血縁などの共同体であったりした。したがって、当時の人びとの道徳感情が、行為者の内面によって左右されるはずはない。そもそも独立した個としての意識など存在していなかったのである」^(注23)。

このような前近代の社会においては、現代のわれわれが例えば故意・過失を問題にするようなやり方で、犯罪にあたる行為をした者の内面が考慮されることはなかった。共同体から分離独立した「個人」なるものが存在せず、個人の内面を問題にする余地がなかったからである。したがって、刑法学という意思責任の概念はまだ誕生しておらず、限りなく結果責任・連帯責任に近い処理がされた。歴史学者・阿部謹也は、法制史学者・アハターによりつつ、次のようにいう。中性半ばまで西欧には近代法にいう刑罰の概念はなかった。ドイツ語圏において「刑罰」(Strafe)という言葉が初めて登場したのは14世紀のことである。そして、「それ以前のゲルマン諸世界では『犯罪』は犯人の悪意や犯行の軽重と関係なしに対象にしたがって罰せられた。つまり穀物畑を荒した者がいたとすれば、どのような事情でどれほど盗んだかではなく、その畑が蕪菁畑か豌豆畑か亜麻畑かによって『罰』がおのずからきまっていたのである」、「そこでは行為者(犯人)個人は何ら問題ではなく、個人の事情も考慮されない。生じた結果だけが問題なのである。ひとつの秩序が乱されたことが問題なのであるから、その秩序をできるだけ早く元にもどさねばならない。これがアハターのいう『違法行為の結果』Unrechtsfolgeであって、これはまだ刑罰とはいえない」^(注24)。

^(注23) 土井隆義「共同幻想としての犯罪責任 近代刑法における行為責任内在化のイデオロギー」『社会学ジャーナル』18号47頁

^(注24) 阿部謹也『刑吏の社会史 中世ヨーロッパの庶民生活』38頁

かかる社会においては、精神障害者の内面も当然ながら問題とされない。彼ないし彼女が、行為の当時、どのような意思をもって行為に及んだか、それは知る由もないし、そもそも特定の行為に対応して個人の意思なるものが存在するとは考えられていなかったからである。したがって、精神障害の疑いのある者の違法行為に対して刑罰をもって臨むか否かについても、極論すれば、「蕪菁畑か豌豆畑か亜麻畑か」と同じレベルで外形的・客観的に判断された。奇矯な言動が甚だしく、そのことによって外形的・客観的に「精神障害者」と判断されたら、そのことだけで刑罰が免除あるいは減輕されたのである。もしこのような判断方法を、客観的に表出した症状によって対象に生物学的異変が生じているか否かを判断するという意味において、「生物学的方法」と呼ぶことができるなら、これは紛れもなく、われわれがいうところの生物学的な判断方法である。このように、近代以前の、個人責任が確立しておらず、個人の内面に着目することのなかった時代においては、精神障害犯罪者の責任能力は、いわば、生物学的方法によってのみ判断されたのである^(注25)。

2 近代における個人責任の確立

近代と呼ばれる時代が展開し、産業社会における労働や貨幣といった概念が成立するにつれ、共同体から未分化であった個々の構成員が、自らの自由意思を持ち、あるいは権利・義務の主体となり得るものとして、「個人」になっていく。その過程で大きな役割を果たしたものは、ひとつは、貨幣経済の成立であったろう。商品という交換財の価値を貨幣という統一された数量的価値で表現し、しかもその価値を生み出す労働力の質・量をも貨幣によって計測・定量化したことによって、共同体の構成員の労働は、もはや共同体の維持に向けられた素朴な単純作業ではなく、貨幣価値に換算できるものとして把握された。

^(注25) 佐藤・刑法39条はもういらぬ（前出注12）69頁

そのことによって、個々の労働の値段が明らかとなり、労働に応じた賃金が支払われることによって、「個人」の財産や経済活動といった概念が成立したのである^(注26)。

もうひとつ見落としてならないものは、キリスト教の絶大な影響である。キリスト教が、世俗権力との緊張・妥協を繰り返しつつ、土俗信仰を異端として駆逐し、しだいに社会全体を統合する巨大な権力装置となっていくにつれ^(注27)、人々は、伝統的な地縁・血縁共同体からしだいに切り離され、教会権力に直接の忠誠を誓い、唯一絶対神であり、万物の創造主である神との関係において、近代的な「個人」の地位を獲得していく。それは、具体的には、例えば教会における「告解」を通じてなされた。歴史学の知見によると、1215年のラテラノ公会議により、成人男女は、少なくとも1年に1度は教会で神に対して告解することを義務づけられた。告解とは、キリスト教徒としてやってはならないこと及びそれに関する贖罪の方法について書かれた「贖罪規定書」に基づく、神への告白・懺悔であるが、人々は、自分の罪を「贖罪規定書」という規格化されたフォーマットに基づき、神に直接告白することによって、他者が存在しないところで絶対者と一対一で向き合うことになる。このようなやり方で、自分の内面を対象化し、さらけ出し（さらけ出す内面があるということは、自分で自分の内面を探し出し、言語化する必要があるということである）、他の地縁者・血縁者と並列別個の関係にある「個人」として自らをアイデンティファイ（自己同一化）していったのである^(注28)。ミシェル・フーコーは、このことを、端的に、「個人としての人間は、長いこと、他の人間たちに基準を求め、また

^(注26) マルクス経済学の多大な影響を受けた法学者パシュカーニスは、「人間労働の生産物が、価値としてたがいに関係をむすぶことができるためには、人々が独立、平等の人格としてたがいに関係をむすぶなければならない。」「平等な価値をもつ人格としての人間は、価値法則による交換の条件以上のものではない。権利の主体としての、すなわち所有者としての人間もやはりおなじ交換の条件である。」と述べている。同『法の一般理論とマルクス主義』（稲子恒夫訳）159～161頁

^(注27) 上山安敏『魔女とキリスト教 ヨーロッパ学再考』参照

^(注28) 『ヨーロッパを読む』、『ヨーロッパを見る視覚』等、阿部謹也の一連の著作を参照。

他者との絆を顕示することで（家族、忠誠、庇護などの関係がそれだが）、自己の存在を確認してきた。ところが、彼が自分自身について語り得るか、あるいは語ることを余儀なくされている真実の言説によって、他人が彼を認証することとなった。真実の告白は、権力による個人の形成という社会的手続きの核心に登場してきたのである。」^(注29)と表現する。そして、素朴な共同体から分離独立しはじめた「個人」が、経済的には、抽象的な交換価値を媒介にすべてを無色化する貨幣経済に取り込まれ、また、社会的には、キリスト教的文脈における「神の子」としての地位を等しく与えられることによって、他の誰でもない私、過去・現在・未来という時間の流れを通じて、その変わらない観測者としてのまなざし、意識（すなわち主体性）をもつ私として、確立していったのである。社会学者・佐藤俊樹は、このような個人のことを「メタ自己」と呼び、次のようにいう。「近代的な個人」というのは、自由意思にもとづいて選択し、その選択の結果を自己の責任として引き受ける存在である。そのような個人が成立するためには、自己のみが自己を特権的に制御でき、かつその自己が過去・現在・未来を通じて同じもの＝『この私』でなければならない。そうしたメタ自己をもつ個人が個人なのである。」^(注30)

かくて、われわれが現在通常用いる意味においての「個人」なる概念が成立した。やがて、それに伴い、法学の分野において「個人責任」あるいは「個人財産」（個人の所有権）という概念が確立した。刑事責任は共同体に連座的に帰属するものではなく、個人に排他的に帰属するものと観念されるようになった。そして、その根拠は、あらゆる他者から区別できる固有の内面を持った、当該行為者の精神的営みにあること（意思責任の原則）が意識されるようになったのである。

^(注29) ミシェル・フーコー『知への意思』（『性の歴史』）（渡辺守章訳）76頁

^(注30) 佐藤俊樹『ノイマンの夢・近代の欲望 情報化社会を解体する』90頁

3 混合的方法への移行

中世から近代前期にかけての法学者・カルプツォフ (1595～1666) は、犯罪の原則型は故意犯であり、ドルス (故意) こそが犯罪を構成する唯一の意思だとする。したがって、故意又は悪しき意図をもって犯罪を犯した人間には通常の刑罰を、未遂の場合には軽減された特別の刑罰をもって臨むべきとしたのである。ここには、意思責任、個人責任の原則がはっきり見て取れる。この時代には、既に、個人の内面に存在する悪しき意思 (故意) こそが、犯罪に対応して科されるべき刑罰の理論的根拠であることが主張されていたのである。ただ、その一方で、刑事責任能力については、生物学的方法による判断にとどまっており、心理学的方法の萌芽はまだ見られない。すなわち、カルプツォフは、伝統的なローマ法の原則である「狂人は自分の病気によってすでに十分罰せられている」という考え方を基本的に踏襲し、精神障害犯罪者については年少者と同じだとして、外形的に精神障害者であることそのものが、免責や刑罰軽減の理由になるとした。狂気・痴呆・精神欠陥・発狂が原則として不処罰、知性のない痴呆はクルパ (過失) と同じ処罰を受けると説いたのである^(注31)。カルプツォフの学説は、刑事責任が個人の意思に由来することを明確にしつつも、弁識能力という知的能力及び制御能力という情意的能力については、心理学的観察により判断できるものとは考えず (すなわち、個人の心理をそこまで解明できるものとは考えず)、生物学的方法により外形的に判断するにとどめた。その意味で、近代の諸科学がそれなりの方法論により人間の内面や精神的作用を解明する以前の過渡期の学説といえよう。

これがほんの少し時代が下がり、帰責論で有名なプーフェンドルフ (1632～1694) になると、刑事責任能力まで含めて、基本的に人間の自由意思の営みによって統一的に把握できるとの考えが明確に打ち出される。彼は次の

^(注31) F. Lubbers, Die Geschichte der Zurechnungsfähigkeit, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft. 385, 1938, S. 3ff. 参照

ようにいう。「人間の行為であって、その知能と意思とに発し且つそれに導かれるようなものの一切にとって最も重要な特色は、それが人間に帰責されうるということ、あるいは、人間は、いみじくも、それらの行為を引き起こした人であると考えられ、その責任を引き受けることを余儀なくされうるということ、そして、その行為の引き起こした結果は、その人間に報いられるということである。」「人間の法学においては、それを為すべきか為すべからざるかを決定することのできる立場にいなから敢てそれをなした者には、その行為に対する責任を問うことができるということ、同じことを言い換えるなら、人間の決定しうることの範囲内であって、人間がそれを為すか為さないかの決定力をもっているような一切の行為に対して、彼に責任を問うことができるということは、道徳的判断の第一原理とされているのである。」^(注32)ここに示されたとおり、プーフンドルフは、人間を、理性を持ち自由な意思に従って行為する存在として、すなわち、自由意思に従って善悪いずれの行為も採りえる存在として把握した。そして、自由な行為のみが行為者に主観的に帰責され、そのような場合にのみ行為者は行為について有責だとしたのである^(注33)。このような考えからすれば、精神障害者の場合であっても、責任の要件が問題となる他の場合と同様、行為当時自由意思が存在したかどうかを問題にすればよいことになる。その場合、自由意思と内容的・構造的に同視しうるのが、ものごとの是非を弁別し（弁識能力）、その判断に基づいて行動を選択・制御する能力（制御能力）ということになる。ここに、責任非難の根拠としての他行為可能性の考え方が成立し、刑事責任能力も、この概念に基づき、他行為に出る個人的な能力の問題として把握されることになったのである。

このような混合的方法への移行は、当時の立法に明確に反映している。テレ

^(注32) オルーフ・チンベリー 『刑事学の根本問題』(西村克彦抄訳) 法務資料344号52頁

^(注33) E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 1965, S. 169ff. 参照

ジャーナ刑法典 (1768) は、その3章5条において、「自分の理性を使用し、かつ自由意思を有するすべてのものは、身分や性別に関係なく、犯罪を有責になしえる。これに対して理性使用もしくは自由意思を欠いているものには、犯罪は不可能である。それ故に、理性のないけだものによって、狂気のそして理性を奪われたもの、ないしは抗拒し難い暴力から生じたものは犯罪とはみなされない。」と、責任に関する基本原則を定める。そして、11章には、精神の完全な欠如 (3条)、減弱した程度の情緒的錯乱 (4条)、不知による意識されざる酩酊者 (5条)、幼児・少年 (6条)、諸感覚の減弱 (7条) 等、刑罰軽減・免責事由が具体的に列挙されている^(注34)。「理性」や「自由意思」という用語が、理性的人間観に基づく自由意思論・個人責任論の所産であることはいうまでもない。このような、人間の内面を対象とする、その意味で心理学的要件といえる概念が、いわばジェネラル・ルールとして責任非難の根幹にすえられたことが注目値する。その一方で、「精神の完全な欠如」、「情緒的錯乱」、「酩酊者」といった、外形から判断可能と思われる伝統的な生物学的方法による事由も列挙されている。すなわち、同法典は、時代の思潮を受け、自由意思論に基づく責任論を採用するとともに、責任能力判断については、今日の混合的方法の原型とも思える判断枠組みを採ったのである。

かかる傾向は、近代刑法学の父と呼ばれるフォイエルバッハが起草したとされるバイエルン刑法典 (1813) において一層明確となる。責任能力について規定するのは、同法典120条であるが、同条の内容は以下のようなものである。「特につぎの者はすべての刑罰を免除される。(1) 8歳以下の児童、(2) 狂気の者、精神錯乱者、および、一般に、その者の悟性の使用を憂うつ病、またはその他の重い精神病によって完全に失い、且つ、この状態において犯罪を行った者、(3) 白痴によって完全に自己の行為の結果を正しく判断し、またはその行為の可

(注34) 佐藤・刑法39条はもういらぬ (前出注12) 81頁

罰性を認識する力のなかった者、(4)高年齢の故の薄弱によって、その悟性の使用を失った者、(5)許されないこと、および、その行為の市民的可罰性について、然るべく教えられない限りの瘖啞者。その他、その責任能力が疑われないような場合には、瘖啞者は、単に未成年者と同じく第99条にてらして処罰されるべきである。」^(注35) 本稿の文脈でいえば、「狂気の者」、「精神錯乱者」、「憂うつ症」、「重い精神病」、「白痴」、「瘖啞者」などの言葉が生物学的要件を、「悟性の使用を失う」^(注36)、「自己の行為の結果を正しく判断」、「行為の可罰性を認識」などの言葉が心理学的要件をそれぞれ示しており、全体としては、両者を併せた混合的方法が採られていることが一目瞭然である。それとともに、例えば「憂うつ症」のように具体的な精神疾患の名称が挙げられたり、「白痴」、「瘖啞」^(注37)といった現代にも通じるカテゴリーが明示されたり、さらには、「行為の可罰性を認識」という形で、現在「違法性の意識」として論じられる内容が挙げられたりしていることが興味深い。

いずれにせよ、起草者フォイエルバッハ自身が、有名な「心理強制説」を説いた論者であったことが象徴するとおり、バイエルン刑法典は、近代的人間像が刑事法的に結実したひとつの姿であった。フォイエルバッハは、カントにならない、世界を因果律によって決定される感性界と因果律から自由である悟性界とに二分し、犯罪行為は感性界の出来事であると位置づけた上、刑罰は犯罪を抑圧する方向での因果律を作用させるものであるべきだと考える。そして、彼は、人間の欲求は行為から得られる快樂によって駆り立てられるという意味において、人間の感性の中に発生基盤をもつから、そうだとすれば、犯罪へと向かう感性的動因に対しては、行為が満足させられないことによる不快よりも、行為を満足させることによる、より大きな不快（つまり刑罰）を与えれば、人

^(注35) 佐藤・刑法39条はもういない（前出注12）108～109頁

^(注36) 「悟性」という言葉の使用は、明らかにカントの影響である。

^(注37) 現在は、それぞれ適当でない言葉として、前者は「知的障害」に置き換えられ、また後者はわが国の刑法典（42条）から削除されている。

間は犯罪行為を断念すると考えたのである^(注38)。ここで想定されているのは、ヘーゲルが、「犬に対し笞を振るうように人間を扱うものだ」と批判したとおり、刑罰による威嚇に対し、それに屈して犯罪を思いとどまるか、そこから得られる快楽を優先して犯罪を実行するか、利害得失を考えた上で自由に意思決定できる理性的な人間像である。このような人間像が前提されている限り、バイエルン刑法典が規定する責任能力の内容が、現代のそれに近似するのは当然のことだったのである。

ちなみに、統一ドイツ帝国刑法(1871)51条は、「その自由な意思決定が排除される意識喪失、ないしは精神活動の病的障害の状態に、行為者が行為時あった時は、可罰的行為は存在しない。」と規定し、改正西ドイツ刑法(1975)20条は、「行為の実行のとき、病的な精神障害、または精神薄弱もしくは重大なその他の精神的変性のため、行為の不法を弁別しまたはその弁別に従って行為する能力がない者は、責任なく行為したものである。」とする。バイエルン刑法典が、近現代の刑法典における責任能力規定の原型であることは、これらの規定の体裁を比べてみれば明らかであろう。

4 自由意思をもつ理性的個人の完成

上述の経緯を経て、近代西欧社会において、自由意思をもつ理性的な人間像が完成していく。その究極の形が、期待可能性(他行為可能性)を巡る、当該具体的状況下において行為者に適法行為に出る期待可能性があったかどうかは、行為者を標準に判断すべきか、それとも一般人を標準に判断すべきかという議論であろう。期待可能性の考え方を純化すれば、行為者の内面に真実期待可能性が存在しなかったのであるならば、第三者が、「お前は適法行為に出ることができたはずだ」とどんなに非難しようとも、その行為者に責任非難を帰属さ

(注38) 山口邦夫『19世紀ドイツ刑法学研究 フォイエルバッハからメルケルへ』17頁以下

せることはできないはずであろう。団藤重光博士は、主体とは、「最後まで客体化されないところのものであり、思惟する者、行為する者である」という^(注39)。認識する主体と認識される客体を想定して論を立てるならば、まさにそのとおりであり^(注40)、最後まで客体化・一般化・標準化できないことが、主体の本質のはずである。しかるに、学説においては、一般人標準説がむしろ通説である。行為当時、真に期待可能性が存在したかどうかは、そもそも不可知であるばかりか、一般人の能力・倫理観・道徳観を前提に作られた「規範」なるものの前では、「通常の間人ならば思いとどまれたかどうか」という抽象化された命題こそが大事なのであり、かかる社会の側からの評価が可能な程度に事実関係が解明されているならば、行為者の内面が行為当時どのようなものであったかは、原理的に問題にならないというのである。このことを、堀内捷三は、次のように分かりやすく説明する。「具体的他行為可能性の証明は、意思自由の証明と同様に不可能である。また、訴訟においてその証明が求められているわけでもない。したがって、刑法が他行為可能性を前提としているとすれば、法は、行為者が行為に際して適法行為を現実的に『選択できる（た）』と考えたからではなく、『選択できる（た）はずである』と考えているからに他ならない。この意味において、他行為可能性は定言命題ではなく、仮言命題である。そして、他行為可能性の判断とはこのようなものであれば、行為者に一般的、抽象的に他行為可能性があったということが問題になるにすぎない。」「しかも、この際には、現実の行為者に代わって、抽象的な行為者が仮定される以上、そこに描かれる行為者は一般人・平均人を投影したものに他ならないであろう。一般人・平均人にとって行為者の置かれた当該具体的事情の下で適

^(注39) 団藤重光 『法学入門』（現代法学全集第1巻）333頁

^(注40) 認識する主体は、自分の認識が実在としての客体に命中していることを、どのようにして認識できるのかという疑問に立脚する、例えばフッサールの現象学のような方法論に立てば、もちろん話は別である。フッサール 『現象学の理念』（立松弘孝訳）34～35頁参照。

法行為が選択可能であった場合に、他行為可能性が肯定されるということになる。法は一般人にとっても可能であった場合に、行為者もそのようにすべきであったと要求できるということになる。この意味では、非難とは個人的非難ではなく、社会的非難であるということになる。通説が責任非難の判断基準について平均人基準説をとるのはまさにこのような理由による。」^(注41)

一般人を対象とする「法規範」を想定し、それが破られる定型的・一般的危険性があることをもって、刑罰という非難を向けることが正当化されるというドイツ観念法学一流のロジックによって、刑法は、「国家」と呼ばれる、飛躍的に構成員の数を増した近代以後の社会単位を統制する機能を手に入れたのである。ここでは、「個人」として確立したはずの行為者の属性は捨象され、国家という巨大な権力装置の構成員（国民）は、抽象的・一般的な「人」として扱われ、あるいは犯罪行為の主体として、あるいは権利・義務の結節点として、法的評価というまな板の上に乗せられることになった。現代の刑法学者・ハッセマーが、「心理的・経験的な故意・過失の現象にもとづく『心理的』責任概念から、純粋な価値過程としての『規範的』責任概念への展開に示されているのは、責任非難の基準の『規範化』であり、個々の『他行為可能性』を具体的に決定する必要がなくなったということである。つまり、規範化の『獲得』は、かかる解明と測定を放棄可能にしたということである。そこに残るのは、個別的基準から一般的基準への転回であり、『平均的他行為可能性』もしくは『一般的他行為可能性』である。そして、そこに前提されている人間とは、責任非難のさいに、それによって被告人の能力がはかられる『標準適合の人間』であり、現実の人間ではなく、『人工的人間』である。またそれは、思考の形象であり、超感覚的にだけ理解しうる現象である。」^(注42) というのは、まさにこ

^(注41) 堀内捷三・責任論の課題（前出注9）185～186頁

^(注42) W. Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, Beck, 1981, S. 210-226.

のことを示している。同じく刑法学者のバウルマンが、「責任は行為者から法学者の頭に移り、『国家が必要としているフィクション』のなかに溶解した。そして、責任能力の判断基準となりえるのは、『規範的応答可能性』（normative ansprechbarkeit）であり、これは自由な意思決定 他行為可能性とは関係なく完全に決定しうる内容をもつ。」というもの^(注43)、同じ趣旨をいうものと理解できよう。

5 現代思潮からの批判

このように人工的でフィクショナルな理性的人間観に対しては、当然のことながら、諸方面から有力な批判が寄せられている。前にも触れたとおり、すべての利害得失を計算した上であえて犯罪行為を選択する理性的な犯罪者というのは、われわれが社会生活を通じてもつ素朴な感覚に照らし、違和感をぬぐえないからである。

心理学的要件（弁識能力及び制御能力）がはたして個別具体的に判断可能なのかという問題は、かねてから司法精神医学の領域で、可知論と不可知論の激しい論争を巻き起こしてきた。シュナイダーは、不可知論の立場から、混合的方法を採る旧ドイツ刑法51条を批判して次のようにいう。同条の「基礎には、実生活と関係なく、また今日の心理学説とも一致しない行動の心理学が横たわっている。51条にあるような、あらかじめ自分の行為がよいか悪いかを判断し、これを熟考したうえでこれにもとづいて行動する人間などいない。そのようにするのは強迫神経症患者くらいのものだ。行為の可または不可、努力と反対努力が比較考量され、最後に選択的意思決定がなされるような事例は、きわめてまれにしかない。」「行為の不法性の洞察についても、人が冷静なときにこの

^(注43) M. Baumann, Schuldlose Dogmatik ? in : Seminar Abweichendes Verhalten Kriminalpolitik und Stafrecht, hg. K. Lüdesse u. F. Sack, Suhrkamp, 1980, S. 232. ff.

洞察を有するというのと、現在の危機場面で、この洞察が警告的に浮かび上がるかどうかというのでは、大きな違いがある。前者は、ある程度調査し、尋問することによって分かるかもしれないが、後者で、洞察が心中に浮かび上がったかなど、うかがうことも判断することもできない。」「なお絶望的なのは、洞察にもとづいて行為する能力が存在するかどうかの判断である。それは自由意思を仮定するかどうかということとは関係ない。われわれは、ただ、『正常』な人間において、他の行為に出ることができたと前提され、ある種の異常者の場合はそうでないといえるかもしれない。しかし、重い精神病の場合にこのことが必ず否定されるべきだとはいえないし、そういうのは明らかに誤りである。」^(注44)。

また、村瀬学は、児童心理学の立場から、子どもの理解の遅れが心的現象として顧みられなかったのは、「私たちのもっている 心 のイメージがあまりにも貧しく又硬化していたからである。不明晰であること、混沌としていること、それも 心 のれっきとした構造であることがもはやつかめなくなってきたからである。それを防いでいたのは何か。それはひどく限定された 心 のイメージの上立った近代西洋の心理学一般である。私たちが無意識にもってしまっているひどく硬化した狭い 心 のイメージは、そもそも西洋の覚醒時中心の心理を唯一人間の心の原型として認めるところから発生してきたものであった。」「つまり西洋が生んできたのは、 覚醒 = 知性としての人間 像であった。それが 近代 以後、唯一の人間像の典型であるかのように世界中に流通されてきていたのである。」とした上で、精神障害は、「 正常な心理 からの逸脱としてみられるのではなく、あくまで心的現象の総体の構造が、はじめからかかえこんでいる可能性の現象として理解されなくてはならない」と主張する^(注45)。

^(注44) Schneider, a.a.O., S.18ff.

^(注45) 村瀬学『初期心的現象の世界 理解のおくれの本質を考える』24頁、238頁

もとより刑法学の分野においても、堀内捷三の前記言説が指摘するとおり、また、バウルマンが、「責任能力判断において、行為者が自由意思という意味で行為時に他行為可能性をもっていたかどうか、また個人的な代替行為可能性（Dafür-Können）を確定し得るかどうかということが問題にならないことは、圧倒的コンセンサスを得ている」^(注46)と明言するとおり、他行為可能性が存在論的に確定できると考えているわけではない。規範的責任論がある種のフィクションを基盤とするものであることは十分意識されているのであるが、それでもなお、精神医学の立場から、あるいは心理学の立場から、理性的人間像を前提として心理学的要件を要求することの困難、はっきりいってしまえば「虚しさ」を指摘されると、法律学としても、胸に手を当てて再考せざるを得ないのである。

四 英米法圏における刑事責任能力の歴史的展開

わが国の理論刑法学は、現在に至るまでドイツ刑法学の圧倒的な影響下にあるが、第二次大戦後は、刑事手続論や刑事政策論の分野ほど顕著ではないにせよ、英米法（とりわけアメリカ合衆国）の影響も大きく受けている。ここでは、英米法圏に目を転じ、刑事責任能力の概念がどう変遷したかを確認しておこう。

1 マクノートン・ルールの時代

伝統的に、ドイツ法圏（大陸法圏）は成文法主義、英米法圏は判例法主義といわれるが、英米法圏も、近代産業の勃興に伴う貨幣経済とキリスト教による社会的権力の統合を経て、世界に先がけ、国民国家の仕組みをもつに至ったこ

^(注46) M. Baurmann, Schuldlose Dogmatik ? (前出注43)

とは、ドイツ法圏と変わらない(というより、産業革命を成し遂げたイギリスにおいてそのような動きがいち早く表れ、ドイツはむしろ後発的な地域であったのは、広く承認されている歴史的事実である)。したがって、近代以後、他者と区別される「内面」をもった「個人」が成立するに伴い、意思責任・個人責任の原則が確立し、刑事責任能力判断の場面においても、個人の内面を扱う心理的要件の比重が増していったという基本的な流れに変わりはない。

1724年のアーノルド事件について、英国裁判所により示された「ワイルド・ビースト・テスト」(Wild beast test)なる基準によると、「行為者が精神障害のゆえをもって、自己を弁護しようとするにあたっては、当該行為者が、全体として理解力と記憶力を奪われ、その結果として、自己のしていることの何たるかを知らないような場合、換言すれば、子供というより獣であり、野獣以外の何者でもない場合でなければならない」^(注47)とされる。「精神障害のゆえ」に「野獣以外の何者でもない」かどうかを問題にしている点は、生物学的方法であり、「理解力と記憶力」を問題にしている点は、心理学的方法といえることができる。したがって、18世紀のこの時点において、混合的方法が採用されているとみてよいであろう。ただ、「野獣かどうか」という形で言動の外観を直裁に問題にしていることからして、いまだ生物学的方法に比重があるようにも思われる。

次いで、1800年のハッドフィールド事件において示された「グッド・アンド・エビル・テスト」(Good and evil test)は、「一般的に言って、行為者たるものは善悪の判断をすることができ、自分が行おうとしている行為の本質を理解しえ、それを遂行するにあたり、予め予測を立て、明らかに意図を示し得るべきであるが、もしその行為者の精神状態が犯罪の原因であったり、犯罪を生

^(注47) 以下の英米の判例法理の変遷については、藤本哲也「英米法の判例にみる精神障害者の責任能力判断基準」『法学新報』82巻4・5号1頁以下、墨谷葵「責任能力基準の研究 英米刑法を中心として」9頁以下

じさせた根拠である場合においては、行為者は法律上その行為についての責任を負う必要はない」とする。これも、「精神状態が犯罪の原因」ないし「犯罪を生じさせた根拠」であるかを問題にしていることから、ある種の生物学的要件を求めているものの、他方、「行為の本質を理解」できるか、「予め予測を立て、明らかに意図を示し得る」かを問題にしていることから、同時に心理学的方法にも拠っており、混合的方法を採用していると考えられる。そして、重要なことは、「一般的に言って、行為者たるものは善悪の判断をすることができ、自分が行おうとしている行為の本質を理解しえ、それを遂行するにあたり、予め予測を立て、明らかに意図を示し得るべきである」と、固有の内面をもつ理性的個人の確立が高らかに謳われていることである。そのような人間像を前提に、この基準は、「グッド・アンド・エビイル・テスト」（善悪のテスト）という名称が示すとおり、弁識能力の有無を問題にすることによって、人間の内面を問題にする心理学的要件に関心を傾けたものということができよう。

このような経緯を経て、1843年に、有名なマクノートン・ルールが表れる。同ルールは、政府に迫害されているという妄想に取り憑かれ、首相を殺すべしとの信念を抱いたダニエル・マクノートンという男が、時の首相ピールの暗殺を試みたが失敗し、誤って護衛官を射殺した事件をきっかけに、上院特別委員会で作成された準則であるが、次の4つの内容からなる。

人が病的な妄想の影響下でなした行為であっても、もし犯罪を行った時点で法に反した行為を行っているという自覚があれば、法的責任がある。

すべての人は正気であり、自らの行った犯罪に対して責任能力を当然に有するものと推定される。

犯罪が精神異常によるとする抗弁は、以下が明確に証明されることをもって成立する。すなわち、被告人が、犯行の当時に、精神の疾患によって、自らの行為が犯罪であることを自覚し得ないほど、もしくは、犯罪

の自覚があったとしても、その行為の善悪を判断し得ないほど、理性を欠く状態にあったこと。

妄想の影響が限局的であった人に関しては、妄想があったと認められる部分についてはその妄想が実際に起こったものと解釈する。

本稿との関連でいえば、上記の部分が問題となるが、マクノートン・ルールの特徴は、混合的方法を採用しつつも、心理学的要件として善悪を判断する能力（弁識能力）だけを問題にし、制御能力については触れていないこと、これに尽きる。このルールは、英米法上の精神異常の抗弁（Insanity Defence）や事実認定上の準則を意識して規定されたそれなりに精緻なものである上に、不可知的な要素の強い心理学的要件を含まないことから、実際上の要請にも適っていたのか、刑事責任能力の判断基準として長らく命脈を保ち、現在も影響力を失っていない。

ただ、前記（二三）で触れたとおり、精神障害者であっても、してはいけない悪いことについてはそれなりに意識しているというのが、精神医学の現場の実感である。したがって、このルールに対しては、弁識能力の存在のみをもって責任能力を肯定すると、責任能力の認められる範囲が実態に反して広がりすぎるとの、専ら精神医学の側からする批判^(注48)が絶えないのである。

2 ダラム・ルールと反精神医学の批判

20世紀半ばになって、米国にダラム・ルール（1954）が登場する。これは、犯罪行為が精神病による異常性の「所産」（product）であるかないかによって刑事免責の有無を決めるという、単純明快極まりない、いわば純粋な生物学的

^(注48) その代表的なものが、前注18の文献に表れた、B・ダイヤモンドによる、「精神科医が、もし真実、すなわち、ほとんどすべての被告人は精神病であろうと、またその精神病がいかに進行したものでであろうと、ルールにおける字義どおりの善悪の区別くらいは分かっていると証言すれば、精神科医は絞首台あるいはガス室への促進係になってしまう」旨の批判であろう。

方法による判断基準である^(注49)。犯罪行為が精神病のせいであるかどうかという問題の立て方は、規範的責任論を背景にしたドイツ流の重厚さはないものの、ある意味で本質を突いている。

しかし、このルールに対しては、いわゆる反精神医学の立場から痛烈な批判が展開された。その代表的な論者は、トマス・S・サズである。サズは、大要、「ある人が精神病であるということは『事実』(matter of fact)ではなく、客観的な現象として表れたその人の言動を説明するための『理論』(theory)にすぎない。そうである以上、精神病は犯罪行為という事実の『原因』にはなりえない。なぜなら、それは『事実』ではなく『理論』にすぎないのだから。」との批判を展開し、次のようなたとえ話を引用する。「真昼のホワイトハウス前で、男が突然銃を取り出し、観光客に向かって発射した。警察に捕まった男は、自分はホワイトハウスに原爆を投げ込もうとした коммуニストの攻撃から大統領を守ろうとしたのだと説明した。精神科医は、男は統合失調症に罹患しており、この病気が彼の行動の『原因』であると説明するだろう。しかし、われわれが統合失調症と呼んでいるものは、『事実』ではなく、どうしてこのようなことが起きたかについて説明する『理論』にすぎない。例えば、銅線の中を電流が流れていると物理学者は説明するだろうが、電流が流れるという『理論』がライトをつけたりラジオを鳴らしたりする『原因』であるとは、誰も思わないだろう。人々は、こうしたことが起きたとき、何が起きたかだけでなく、どうして起きたのかを知ろうとする。そして、自分の教養や偏見にもとづいて自分なりに説明をするわけだが、精神科医はそれより洗練された説明をしているにすぎない。」^(注50)

かかる批判は、近代の自然科学に端を発し、やがて人文社会科学全体を覆っ

^(注49) このようなシンプルな基準が採用されたのは、陪審の存在とおそらく無縁ではないであろう。一般市民が事実認定にあたることを考えると、混合的方法のような複雑な構造をもつ基準は使い勝手が悪いのである。

^(注50) Sazz, op.cit.,pp.133-135

た原因・結果の因果モデルに対してされているとみてよいであろう。刑法学者であり、かつ法哲学者でもある宗岡嗣郎が次のようにいうのも、つまるところ同じ趣旨だと思われる。「私が『花瓶』をこわそうという『意思』をもったとき、より正確には、花瓶をこわそうとする『私の意思』があるとき、私の脳がある特定の状態になっているということは科学的におそらく正当な仮説であろう。したがって、私はこの点に関する大脳生理学の知見を疑わない。しかし、その脳状態をもって意思であるとし、それが行為の究極の『原因である』と主張するとき、実は、私たちは右に了解した大脳生理学上の事実を超えた事柄の承認をせまられているのである。ある行為をするとき、行為者の脳がある状態であるということの承認は、拳手をするとき、手は常に拳がっているということの承認と同様であり、その脳状態がその行為の『原因』であるということの承認とは無関係な事柄だからである。」^(注51)

3 1960年代以後の展開

1962年、アメリカ合衆国模範刑法典は、混合的方法を採用した上、心理学的要件として、弁識能力と制御能力の両方を必要とするALIテストを提示し、多くの州で採用された。これは、「所産」という言葉が曖昧すぎるというダラム・ルール批判の観点に立つものであると同時に、心理学的要件を要求するにしても、弁識能力のみによって判断するマクノートン・ルールは被告人にとって厳しすぎるとの反省に立って、制御能力をも要件とするものであった。

しかし、1981年、ジョン・ヒンクリーによるロナルド・レーガン大統領（当時）暗殺未遂事件（ヒンクリー事件）が起こり、刑事公判において、統合失調症による誇大妄想が認められ、「制御能力」の存在が疑問だとして、陪審が無罪を評決すると、米国の世論は一気に右傾化する。「制御能力」の立証・認定

^(注51) 宗岡嗣郎『法と実存 反死刑の論理』186頁

の困難が改めて意識されるとともに、危険な妄想にとらわれた精神障害者を簡単に無罪放免とするのは問題だという社会防衛的な意見が強まり、ALIテスト見直しの動きが始まったのである。この動きは、3つの大きな流れに分かれた。精神異常の抗弁（Insanity Defence）は維持するが、ALIテストを修正し、マクノートン・ルールへ回帰する、精神異常の抗弁を廃棄し、「有罪だが精神病」という新たなカテゴリーの評決を設ける、同じく精神異常の抗弁を廃棄しつつ、その代わりに「メンス・レアテスト」を採用する、以上である。は、精神異常の抗弁を維持しつつ、すなわち、「不幸な運命が狂人を弁護する。狂人は自らの運命によってすでに罰されている。」とのローマ法以来の法理を守りつつ、心理学的要件から制御能力を外し、百数十年にわたる伝統をもつマクノートン・ルールに戻ることによって、刑事責任能力の範囲を事実上広げようとするものである。包括的犯罪規制法（1984）によって立法された、「被告人が犯罪の行為時に、重大な精神の疾患または欠陥の結果、行為の性質もしくは反倫理性を識別できなかった」ことを刑事免責の要件とする合衆国法典18編1章20条が、その具体的な表れである。また は、従前なら精神異常の抗弁が認められ、「無罪」の結論に至った事案を、「有罪だが精神病」と宣告することにより、刑罰ではなく何らかの医療措置に導こうとするものと理解できる。アラスカ州、デラウェア州、ジョージア州、ケンタッキー州（以上、1982年）、サウス・ダコタ州（1983年）、サウス・カロライナ州（1984年）などが、この立法例を採用したとされる。さらに は、精神障害者にも固有の意思活動・精神的営みがあることを承認し、精神異常の抗弁にかえて、通常の犯罪行為においてその成立要件とされる犯罪的意思「メンスレア」（mens rea、「故意・過失」に相当するものと一般に理解されている）の存在を要求し、これがあれば有責と認めようというものである。モンタナ州（1979年）、アイダホ州（1983年）が、これを採用したとされる。

以上のような動きは、刑事責任能力が、普遍的な内容をもつ概念ではなく、

刑事政策的な事情によって変動しうる機能概念であることを示す例として語られる^(注52)。そのことを正面からは是認するかどうかは別にして、現在の最先端の学説も、刑事責任が、伝統的な規範的責任論で語り尽くせるものではなく、何らかの刑事政策的考慮、つまり当該行為者に刑事責任を負わせるのが適当かどうかという実質的観点を問題にし、これを理論的に取り込んで整序しようとする点においては、ほぼ共通した問題意識を持っているように思われる。その嚆矢となったのが、クラウス・ロクシンが提唱する「答責性」の概念であろう。ロクシンは、刑罰は他行為可能性があるにもかかわらず規範を破ったことへの反作用たる応報に尽きるものではなく、予防の観点も無視しえないとの立場から、次のように主張する。「確信犯、激情犯、常習犯などは『他行為可能性』がないにもかかわらず責任を問われる。ドイツ刑法33条の過剰防衛、35条の免責的緊急避難については、『他行為可能性』があるにもかかわらず責任を免れる。これは『他行為可能性』が実際には判断基準になっていないことを示している。ここで判断基準になっているのは、予防的な考慮である。つまり『他行為可能性』は具体的なものではありません、実質的な責任概念としては不十分であり、責任にかえて、刑事責任の必要性を意味する『答責性』(Verantwortlichkeit)こそがこれにかわりうる。」^(注53)このような理論に影響を受け、わが国の学説においても、犯罪の成立には、従前の「責任」に加え、「可罰的責任」の概念を問題にすべきではないかが意識されはじめ、基本的な教科書においても紹介されるに至っている。例えば、「可罰的責任の理論とは、可罰的責任が存在しないことを根拠として犯罪の成立を否定する理論をいう。可罰的責任とは、行為者に対する非難が特に刑罰という強力な手段を必要とするほどに強く、しかもその刑罰を受けるに適する性質を有する責任をい

^(注52) 前田雅英『刑法総論講義 [第4版]』375～376頁、とりわけ375頁注1及び2

^(注53) C. Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: Festschrift für Bockelmann, Beck, 1979, S. 279ff.

う。」^(注54) というように。このように、責任の概念は、現在も微妙に揺れ動いているのである。

五 了解可能性の概念

1 混合的方法の虚構

前項までで、わが国の判例・通説における刑事責任能力判断の枠組みを確認した上、それに影響を与えてきたドイツ法圏及び英米法圏における刑事責任能力概念の変遷を概観してきた。これで、なぜわが国が、生物学的要件のみならず、弁識能力と制御能力の両方を含む概念としての心理学的要件をも要求し、全体として混合的方法を採用するのか、大づかみなところは示せたと思う。実際、1880年（明治13年）に制定された旧刑法78条は、「罪を犯す時知覚精神の喪失に因て是非を弁別せざる者は其罪を論ぜず」と規定しており、「知覚精神の喪失」という外観・症状から判断できるある種の生物学的状態にあることに加え、そのことを原因として「是非を弁別せざる」心理状態にあったことを問題にしていた。ここにみてとれるのは、混合的方法を採用しつつも、心理学的要件については弁識能力だけを要求するという、マクノートン・ルールと同じ構造の判断枠組みである。また、1880（明治40年）に制定され、口語化を経て現在まで受け継がれる現行刑法典39条1項は、「心神喪失者の行為は、罰しない。」というシンプルなものであり、一見、生物学的方法を採用した規定にみえなくもないが、判例・通説は、これを解釈（理論）により、混合的方法を採用のものとして理解して扱っており、ほとんど争いもなく現在に至っているのは、冒頭で述べたとおりである。

^(注54) 大谷・刑法総論講義（前出注1）336頁

しかし、実務に携わった者の感覚からすると、かかる混合的方法の判断枠組みが、他の法律要件と同様、文字どおりの判断枠組みとして機能しているかは、率直に言ってかなり疑わしい。例えば、精神分裂病者（統合失調症患者）の責任能力について判断した著名な最高裁判例（最三小決昭和59年7月3日刑集38巻8号2783頁）は、被告人が犯行当時精神分裂病に罹患していたからといって、そのことだけで直ちに被告人が心神喪失の状態にあったとされるのではなく、その責任能力の有無・程度は、被告人の犯行当時の病状、犯行前の生活状態、犯行の動機・態様等を総合して判定すべき（決定要旨）だとする。ここでは、「精神病の中の精神病」といわれる精神分裂病に罹患している事実それのみによって、心神喪失の結論が導けるものでないことが明示されている。しかし、そもそも、精神分裂病に罹患している事実は、専ら生物学的要件としての「精神の障害」にかかわるものか、それとも心理学的要件にもかかわるものなのか。また、最高裁が考慮すべき他の要素として掲げる「被告人の犯行当時の病状、犯行前の生活状態、犯行の動機・態様等」は、生物学的要件にかかわるものなのか、心理学的要件にかかわるものなのか、あるいは両方にかかわるものなのか。最高裁がこれらのファクターを混合的方法の枠組みのどこに位置づけたのか、幾ら判文を読んでも必ずしも明らかでない。ちなみに、最高裁の判文は、「被告人の精神状態が刑法39条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であるから専ら裁判所の判断に委ねられているのであって、原判決が、所論精神鑑定書（鑑定人に対する証人尋問調書を含む。）の結論の部分に被告人が犯行当時心神喪失の状況にあった旨の記載があるのにその部分を採用せず、右鑑定書全体の記載内容とその余の精神鑑定の結果、並びに記録により認められる被告人の犯行当時の病状、犯行前の生活状態、犯行の動機・態様等を総合して、被告人が本件犯行当時精神分裂病の影響により心神耗弱の状態にあったと認定したのは、正当として是認することができる。」というものである。「鑑定書全体の記載内容とその余の精神鑑定の結果」、「被告人の犯行当

時の病状」、「犯行前の生活状態」、「犯行の動機・態様等」を何の留保もなく列挙しているその書き方からすると、むしろ、最高裁は、各ファクターが生物学的要件又は心理学的要件のどちら（あるいは両方）に位置づけられるのかを意識することなく、これらを総合考慮して、「心神喪失」もしくは「心神耗弱」の結論を直截に導く立場を採っているように思える。この枠組みに従う下級審もまた然りである。つまり、判例は、建前上、生物学的要件及び心理学的要件を、心神喪失又は心神耗弱の判断の前提をなすものとして扱っているが^(注55)、実際には、生物学的要件及び心理学的要件というフィルターを通すことなく、具体的事実を直接吟味し、責任能力の有無・程度に関する結論を決めているのであり、生物学的要件及び心理学的要件は、責任能力を語る際のいわば修辭であって、法律要件としての機能を半ば失っているのではないかと思えるのである。

精神鑑定がされた事例を検討した精神科医・小野田矩夫は、心理学的要件は、「判断基準としてよりは、判断結果の表現として、すなわち、心神喪失や心神耗弱（後者については著しく低減という修辭の下）と殆ど同義反復的に用いられている」^(注56)と指摘する。そのとおりだと思う。いくら裁判例を読んでも、生物学的方法と心理学的要件を論理的に並列させた上、心理学的要件の要素であるはずの弁識能力及び制御能力を取り上げ、それぞれがどの程度存在したのかを個別に検討している判決はまずない。心理学的要件は、実際には、独立した判断基準として扱われていないのである。このような指摘が、法律学ではなく精神医学の側からされていることも含め、もっと取り上げ、議論されるべき

^(注55) 最三小決昭和58年9月13日裁判集刑事232号95頁等。同決定は、「被告人の精神状態が刑法39条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であって専ら裁判所に委ねられるべき問題であることはもとより、その前提となる生物学的、心理学的要素についても、右法律判断との関係で究極的には裁判所の評価に委ねられるべき問題である。」という判示で有名である。

^(注56) 小野田矩夫「刑事責任能力論の現状と運用 我国における精神鑑定事件の分析」『精神神経学雑誌』82巻4号193頁以下

ことがらである。

2 実質的基準としての了解可能性

それでは、判例は、全く規範（基準）をもたないまま、前述の諸要素を単に総合考慮して結論を出しているのであろうか。そんなことはない。精神障害者の犯罪を無罪とするか（その場合、心神喪失者等医療観察法や精神保健法の適用が問題となる。）、あるいは有罪認定して刑罰をもって臨むかは、いろいろな意味で重い判断である。社会の耳目を集める通り魔的な重大事案もあるから、そのような場合はなおさらである。筆者のみるところ（また、これは論者の指摘するところでもあるが^(注57)）、判例は、動機・行為態様・犯行前後の言動等、犯行にまつわるすべての要素を勘案した上で、「このような犯行が、正常人の行ったものとして、社会の側からみて（辛うじて）了解可能かどうか」という了解可能性の基準で、責任能力の有無・程度を判断している。

前記昭和59年判例（最三小決昭和59年7月3日刑集38巻8号2783頁）は、元海上自衛隊員で満期除隊後に民間会社の鉄板剪断工をしていた被告人が、高校時代の友人の妹に好意を抱いて結婚を申し込んだところ、同女とその一家が革新主義者であったため思想的に相容れないものとして断られたことなどから一家を深く恨み、同女ともども一家を殺害して意趣を晴らそうと決意し、年末の帰省時に鉄棒（長さ約80cmの鉄棒に茶色テープを巻き付けて木の棒に見せかけたもの）及びインディアンナイフを準備し、昭和44年正月の深夜、この鉄棒等を携えてこの友人の実家を訪ねたが、友人の姉から妹らが不在である旨告げられ体よくあしらわれ、ハイヤーを呼ばれて送り帰される途中、再びこの一家の殺害を企図し、ハイヤーの運転手を脅して引き返させ、同人を人質同然にして家屋内に上がり込み、所携の鉄棒で運転手の頭部を強打したのを皮切りに、隣

^(注57) 佐藤・刑法39条はもういらぬ（前出注12）198頁等

室で就寝中の友人の姉の子供3名（1歳から7歳）、急を聞いて駆けつけた近隣者2名及び助けを求めた後戻ってきた友人の姉に対し、順次鉄棒でその頭部を強打し、合計5名を殺害し2名に重症を負わせたという、重大かつ特異な事案である。複数の精神鑑定が実施され、一審（高知地裁）及び第一次控訴審（高松高裁）は完全責任能力で死刑、第一次上告審（最二小判昭和53年3月24日刑集32巻2号408頁）は破棄差戻し、第二次控訴審は心神耗弱で無期懲役、第二次上告審（上記昭和59年判例）で上告棄却により確定という経緯をたどった。

一審判決は、被告人に入院歴のあること、犯行当時、精神分裂病により通常人の健全な人格に比し多少劣るところがあったことを認めつつ、他方において、本件犯行は幻聴、妄想、作為的体験といった病的体験と直接のつながりがないのみならず、被告人は周到な準備のもとに現場に臨んでおり、犯行直前いったんは被害者方を立ち去ったけれども再び同所に引き返していること、犯行中電話線を切断し、逃走する際は犯行に使用した前記鉄棒を海岸の砂中に埋め、着衣のコートを投棄するなど証拠隠滅を図っていることを理由に、「当時理非善悪の弁識力、右弁識に従って行動する大いなる欠陥がなかったことは明らか」だとしている^(注58)。このような判示をみても、前記小野田矩夫の指摘が正鵠を得ていることがわかる。一審判決は、本件犯行と病的体験の直接のつながりがないこと、犯行の前後を通じて合理的な行動をとっていることを列挙して、直ちに弁識能力、制御能力がないとの結論を導いており、そこには、どの事情が生物学的方法にかかわる事実なのか、あるいは心理学要件にかかわる事実なのか、分析的に検討した形跡はない。まさしく、心理学的要件は、「判断基準としてよりは、判断結果の表現として、すなわち、心神喪失や心神耗弱」と殆ど同義反復的に用いられている」のである。

(注58) 刑集32巻2号418頁

また、第一次控訴審も、被告人は犯行より5日前まで約1年間前記民間会社で稼働したところ、友人や職場の同僚は被告人が精神病に罹患していることに全く気づかなかったこと、一審判決が指摘するとおり、被告人の犯行前後を通じた行動は「通常人の行動として評価できるものである」こと、加えて、被告人は、犯行後、近くにあった他人の自転車に乗って約4km離れた実姉宅まで戻り、姉夫婦らに犯行を気取られず就寝していることなどを指摘し、責任能力に関する控訴趣意をしりぞけ、一審の判断（完全責任能力）を維持した^(注59)。ここでも、被告人の言動が「通常人の行動」と評価できるものであるかどうか、すなわち、社会の側からみて了解できるものかどうかが端的に問題にされており、混合的方法の枠組みを前提に事実をあてはめていく判断方法は採られていない。

ところが、第一次上告審は、心神耗弱の疑いがあるとして原判決を破棄し、審理を差し戻す。最高裁は、原審は、友人の妹に結婚を断られたこと及び自衛隊を嫌悪する同女及び友人に対する反感を殺害の動機だとするが、被告人と同女の間具体的な交際があったわけではないし、犯行前年の自衛隊をめぐる友人との議論も座興以上のものではないから、普通ならば謀殺の動機に発展するような深刻な問題を含まない。また、犯行態様についても、就寝中のいたいけな幼児3名、駆けつけた近隣の住民2名らに対し鉄棒で頭部を強打し殺傷に及んでいる反面、被告人のいる前で負傷者（ハイヤー運転手）の手当をし、駐在所に連絡しようとした友人の父に対しては何ら手出しをしておらず、原審が認定した動機のみでは説明できない奇異な行動をしたというのである^(注60)。ここでも、法律審である最高裁によって、混同的方法という判断枠組みが意識された形跡はない。最高裁も、事実審である一審及び二審と同様、専ら動機や行為態様を問題にし、普通ならば謀殺の動機に発展するような事情かどうか、一応

^(注59) 刑集32巻2号422～423頁

^(注60) 刑集32巻2号410～411頁

の動機とされる犯行仮説に照らし、奇異な行動かどうかを判断しているのである。これも、犯行を社会的事実として評価する側からの、「自分たちからみて了解できるかどうか」という基準に照らした価値判断であることはいうまでもない。

この事例に典型的に表れたとおり、判例は、動機・行為態様・犯行後の言動等、犯行にまつわるすべての要素を勘案した上で、「このような犯行が、正常人の行ったものとして、社会の側からみて了解可能かどうか」という了解可能性の基準により、責任能力の有無・程度を判断している。そのことは、前記の精神科医・小野田矩夫が、「精神病だったかどうかという判断は、犯罪者 犯罪行為が『了解できるかどうか』、もう少し細かいいえば、犯行の動機が『了解できるかどうか』、犯行の態様が『客観的・合理的であるかどうか』という『了解可能性』という方法によって行われている。」^(注61)と明確に指摘するとおりである。

混同的方法は、ある意味、非常に不明確で使いづらい枠組みであり、実務サイドの実感からすると、まず生物学的要件と心理学的要件の関係がよく分からない。努力不足で分からないのではない。既に見てきたように、歴史的にその関係は一義的に明確ではないし、事実認定の問題としても、あるファクターがどちらにどれだけの比重を占めるものなのか、その区分けは事実上不可能に近い。また、心理学的要件内部においても、そもそも弁識能力と制御能力をどのようにとらえ、それぞれを計量化すればよいのかが分からない。ある統合失調症患者が妄想にとらわれて他者を攻撃した場合、そのことは、行為者自身の意識の中で、「これはやってはいけないことではない、やるべきこと、正しいことだ」という形で作用したのか（弁識能力の問題なのか）、「これはやってはいけないことだが、自分の中ではやるしかない、やらざるをえない」という形で

^(注61) 小野田矩夫・刑事責任能力論の現状と運用（前出注56）193頁以下

作用したのか(制御能力の問題なのか)、はたまた、両方にまたがって作用したのか、神ならぬ人間の身には確定するすべがない。もちろん、鑑定結果等の証拠から認定できる事実を混合的方法の枠組みに当てはめる形で散りばめ、体裁を整えることはできる。しかし、それを精緻にやろうとすればするほど、そもそも生物学的要件とは何ぞや、心理学要件との関係如何といった難問に突き当たり、これらを理論的に解決できない限り(そんなことは、少なくとも当面は期待薄に思える)、動きが取れなくなってしまう。したがって、最高裁判例が示すように、行為者にまつわる事実関係をファクターとして取り上げた上で総合考慮し、そこで出た結論を感覚的に示すしかない。「感覚的に」といっても、もちろん、行き当たりばったりで結論を出しているわけではない。判断者の主観に偏ることを防ぐため、類型ごとに集積された過去の事案に照らし、穏当と思える落としどころを探った上でのことである。しかし、だからこそ、「弁識能力」とか、「制御能力」とか、不可知論の対象として議論されるような概念に依拠することは、なかなかできることではない。唯一オーソライズされた法の解釈・適用者として、最後のぎりぎりのところは、この行為者に刑罰を科してはたして社会が納得するか、社会の統合が失われないかを半ば無意識的に考慮して、「このような犯行が、正常人の行ったものとして、社会の側からみて了解可能かどうか」という基準に拠らざるをえないのである。精神科医・西山詮による、「客観的な判断を得ようとする素人も法律も、精神病の境界を定めるにあたっては原則として専門家と同じ規準を拠り所にしている。すなわち、被験者の精神的状態像の中である種の特徴が完全に感情移入不能であること(「狂っているということ」)^(注62)を拠り所にしている」との指摘も、このような文脈において理解できる。

^(注62) 西山詮「精神分裂病者の刑事責任能力」内沼幸雄編『分裂病の精神病理』14巻48頁

3 了解可能性概念の問題点

上述のとおり、判例・実務は、混同的方法の使い勝手の悪さゆえ、実質的には「了解可能性」という基準に置き換えて、責任能力が問題になる事案を処理する。この了解可能性概念にも、当然のことながら問題はある。

まず第一に、了解可能か不可能かというのは、病気が否かを判断する側の受ける「印象」のようなもので、本来、判断を基礎づけるひとつの要素にすぎない。であるのに、了解可能であれば正常、不可能であれば異常というのでは、判断の一要素が判断そのものにすり替わったのではないかという原理的な疑問が提起される。精神科医の木村敏が、初めて了解可能性という言葉を使って統合失調症の特性を説明しようとしたカール・ヤスパースの所見をあげて、「本来は主観の側の認識の方法であったはずの了解の概念がいつの間にか対象の側の質的特性を規定すべき標識に姿をかえてしまっている」、「さらにいえば了解の可能不可能は本来主体の側の能動的可能性であったはずであるのに、ヤスパースにおいてはこれが客体の受動的可能性に置きかえられている」^(注63)と鋭く批判するのも、このことを示している。

第二に、行為者の動機を「了解」というのが、そもそも他者の内面・心理を了解することが本当に可能なのかという疑問がある。われわれが、他者の動機を「了解」というとき、他者の心の中をつかみだしてみせて、それを実在として確認したり実感したりするわけではない。必ず言語化されたものを通じて、そのようなことはありうるとか、ありえないとか、紡がれたストーリーの合理性を判断しているはずである。だとすると、われわれが納得する対象は、行為者の内面・動機そのものではなく、それを言語化した意味表象としての物語にすぎないのではないか。犯罪社会学者・土井隆義が、「犯罪動機とは、常識的に考えられるような心理的事実などではなくて、意味を表象するもの、す

^(注63) 木村敏 『分裂病の現象学』 186～187頁

なわち言語にはかならない。そもそも犯罪動機が問題となるのは、犯罪者と解釈者の相互作用の文脈においてである。犯罪動機は、それを問う者と問われる者がいて、両者の間のコミュニケーションの中で言語としてのみ出現する。そして、このように動機付与の機能が行為の意味の確定にあるのならば、犯罪動機は、言説の対象に求められるべきものではなく、言説それ自体に求められるべきものである。^(注64)、「行為者の内面に想定される動機は、行為の事後における解釈作業のなかで私たちが構成し、彼に付与するものだといえる。それは、解釈以前に行為者の内面に存在する経験的な実体ではない。すなわち、動機の内容が行為の性質を因果的に導くのではなく、行為の性質の解釈過程のなかで動機の遡及的な解釈が行われるのである。」^(注65) というのも、上述の理を端的に示すものである。

そして第三に、「了解可能性」基準を実際に適用した場合、両刃の刃となりかねない危険のあることが指摘される。了解可能性は、本来、心神喪失が否かを判断するための基準のはずであるが、裁判官が証拠から認定できる事実にもとづき、いったん「心神喪失」との心証を抱いた場合には、被告人の行為や動機に了解しがたいものがあるという事実は、心神喪失、すなわち無罪の心証を補強する材料として使われる。これに反し、完全責任能力つまり有罪の心証を抱いた場合には、「こんな危険な妄想を抱く危険な行為者だ」という形で、同じ事実が量刑を重くする方向ではたらく可能性が否定できない。これは決して机上の空論ではなく、少なくとも鑑定を実施する精神医学の立場からは、現実の危険として意識されている。例えば精神科医の稲村博は、統合失調症の潜伏期にあたるものも、多くの場合鑑定人によってそれが見落とされ、性格異常としてしばしばかえって重罰が科されているのはきわめて遺憾だと慨嘆する。統

^(注64) 土井隆義「犯罪動機の知識社会学的考察 ラベリング・パースペクティブと動機付与論」ソシオロジ13巻2号67頁

^(注65) 土井隆義「刑事司法過程における犯行動機の構成」『犯罪社会学研究』13号105頁

合失調症か異常性格かの判断は難しく、仮に后者であるとの断を下して被告人が健常者であることを前提にすれば、異常性格は責任非難を増大させるはたらしきをするというのである^(注66)。

終わりに

以上のとおり、判例・通説が採る混合的方法の枠組みは、歴史的変遷を経て現代に伝わるものであるが、その根底にある理性的な人間観それ自体が、近代という時代が産み落とした多分にフィクショナルなもので、現在、どこまで普遍性を維持しているのかについては少なからず疑問である。もちろん、刑法学においても、古典的・図式的な規範的責任論がそのままでは維持できなくなりつつあることは意識されており、前述のように、予防の観点を取り入れた責任概念の再構成が始まっている。そのフロント・ランナーのひとりである堀内捷三によると、今日の責任論を展望した場合、古典的な規範的責任論をなお維持する、非難概念の形式性を予防目的によって補充し、規範的責任論の実質化を図る、非難概念がもはや何らの意味も有しないことを認めてこれを放棄し、予防目的により責任を基礎づける新たな責任論を採用する、責任概念を刑法学から放逐し、新たな刑事制裁法理を構築する、以上の4つの選択肢があるという^(注67)。この4つの道のうち、どれを採るべきなのか、あるいはこれ以外の選択肢がありえるのか。冒頭に触れたとおり、筆者にはまだ判断がつかねる。

しかし、いずれにせよ、次世代の責任論は、刑法39条不要説からする、下記のようなラジカルな批判に耐えうるものでなければ、命脈を保てないであろう。

^(注66) 稲村博「司法精神鑑定の後経過」『精神神経学雑誌』12巻9号1124頁

^(注67) 堀内捷三・責任論の課題（前出注9）199頁

自戒を込め、本稿の最後に、冒頭に掲げた佐藤直樹の言説を抜粋して掲げておく。「日本の刑法上は、責任能力と故意・過失はまったく別のものであって、責任能力がなければ責任がなくなり、したがって故意・過失を論じる余地がなくなる。」「というよりも、精神障害者については、責任能力の有無を論じる必要はあっても、故意・過失の有無を論じる必要はないと考えられている。ここには、責任無能力者は、『自由意思 理性的人間』ではないのだから、『意思』など存在しないという暗黙の前提がある。」^(注68)、通説は、「精神病が個人に帰属するものであることを前提にしている」が、本当にそうか。「精神病は、

身体疾患と違って他者との関係においてだけあらわれる現象である。たとえばそれに、CTやMRIなどで客観的に確認できるような脳内の異常など、生物学的な根拠があったとしても」。責任能力制度は、歴史的・普遍的なヒューマニズムに基づくものではなく、「近代に特有の制度であり、近代的な主体としての自由意思を持つ理性的人間像の確立と表裏一体の関係にある。実は責任能力を認めないということは、この人間像からの排除を意味する。」^(注69)

^(注68) 佐藤・刑法39条はもういらぬ (前出注12) 184頁

^(注69) 佐藤・刑法39条はもういらぬ (前出注12) 11～12頁