

刑事責任能力論における弁識・ 制御能力要件の再構成（2・完）

竹 川 俊 也

はじめに

- 1 背景事情
- 2 問題意識
- 3 分析対象・分析視角
- 4 本稿の構成

第1章 弁識・制御能力の重なり合い問題についての議論状況

- 第1節 法曹実務家・精神医学者による問題提起
- 第2節 重なり合い問題に対する刑法学説の立場

第2章 アメリカにおける議論状況

第1節 責任能力論略史

第1款 ヒンクリー事件までの動向

- 第1項 マクノートン基準成立前後の議論
- 第2項 マクノートン基準への批判と抗拒不能の衝動テスト
- 第3項 医学モデルの普及—ダラム・ルールと ALI 基準
- 第4項 医学モデル退潮の兆し

第2款 ヒンクリー事件以降の動向

- 第1項 1984年連邦法制定前後の議論状況
- 第2項 心神喪失抗弁に対して提起された諸提案とその理由づけ

第2節 認知・制御能力要件に関する議論

- 第1款 制御能力要件に対する実体的批判
- 第2款 認知能力要件に関する議論状況—旧来的枠組みの限界について
- 第1項 認知能力要件の程度をめぐる議論—「認識」か、「弁識」か

第2項 認知能力要件の内容をめぐる議論—「違法性」か、「道徳違反性」か

第3項 検 討

第3款 議論枠組みの変化—「合理性の欠如」という観点から説明を試みる諸説

第1項 Fingaretteによる問題提起

第2項 Morseによるアプローチの継承

第3項 Schoppによる精緻化 (以上、本誌66巻2号)

第4項 検 討

第3章 他行為可能性原理の検討

第1節 (法)哲学分野における議論状況

第1款 Frankfurtによる問題提起

第2款 瀧川裕英による「理由応答性」概念

第3款 検 討

第2節 刑法学における他行為可能性—両立可能論の系譜を中心に

第1款 平野龍一説

第2款 所一彦説

第3款 検 討

第4章 わが国における弁識・制御能力要件

第1節 責任能力の体系的地位をめぐる議論

第1款 責任前提説

第2款 責任要素説

第3款 検 討

第2節 弁識能力要件の検討

第1款 責任前提説と責任要素説

第2款 ドイツにおける議論状況

第3款 検討—あるべき弁識能力要件をめぐって

第1項 弁識能力要件の意味内容について

第2項 制御能力要件の認定論的困難性

第3項 制御能力要件不要論について

おわりに

(以上、本号)

第4項 検討

以上、責任能力基準を行為者の合理性に関する能力から再構成しようと試みる、Fingarette、Morse、Schopp の見解を概観した。彼らが「合理性」概念に与える意味内容は必ずしも一様でないものの、以下のような共通点を見出すことができるだろう。

すなわち、①制御能力要件に関しては実体論的な見地から批判を加え、②認知能力要件に対しても、従来の理解の限界を指摘する。③この限界は、既存の責任能力基準が行為者の弁識内容のみを問題とし、弁識プロセスに着目してこなかったことに起因し、行為者の責任能力が問題となる場面ではむしろ、行為を選択するに至った過程が通常の者と異なること——（合）理性を欠いていること——が問題となっている。こうした事実認識のもと、④「理性の欠如」という観点は、責任能力が問題となる場面の全てに妥当し、従来の意味における制御能力要件は、（プロセスに着目することで意味内容が変化させられた）認知能力要件に吸収される。

この思考方法は、弁識・制御能力要件に関するアメリカの議論の現在までの到達点と評することができ、わが国における「両要件の重なり合い問題」解決に際しても、一定の示唆を与えるものと考えられる。もっとも、こうした議論をわが国の責任能力論に応用するためには、以下に挙げる検討課題をクリアする必要があるだろう。

まず、Fingarette の指摘に見られた、「責任能力概念の基礎を構成するのは、……当該行為に必然的（本質的）に関連している事情（essential relevancies）を踏まえ、それらの事情に反応しながら当該行為に及んでいること」という言明の意味内容が明らかでない。実際に犯罪行為に出してしまった以上、道徳規範や刑法規範に対して反応性を示すことは不可能だったのであり、特に（Morse のような）決定論的世界把握を前提とした場合には、「反応性を示すこと」という要件の位置づけが困難な問題となるように思われる。

また、上記の見解のいずれもが、合理性概念を通常人からの乖離という観点から説明している点についても、さらに検討を要するだろう。弁識内容の正否ではなく弁識プロセスの異常性に着目するこれらの見解は、他者視点を含むものとして合理性要件を構成することを当然の前提としており、これが従来の責任本質論と整合性を有するかが検討されなければならない。

したがって次章では、これらの検討課題を念頭に置きつつ、わが国の刑法学が責任の本質に据える他行為可能性原理の意味内容について分析を加え、上記のアメリカの議論をわが国の責任能力論へ応用するための素地を整えることを目標とする。

第3章 他行為可能性原理の検討

刑法学においては、意思の自由の存否が科学的にも哲学的にも未だ完全には証明されていないことを前提とし、非決定論と決定論のいずれに立脚しようとも、それは「推定」に基づく仮説との理解が大勢である。すなわち、どちらの仮説を採用した方が刑事責任や刑罰の正当化を合理的・説得的に説明できるのかという点が重要であり、この意味で、先の仮説は刑法理論構築のための「作業仮説」に過ぎないものとして理解される。

わが国の刑法学の通説は、自由意思に関して相対的非決定論と呼ばれる立場を採用している。これによれば、人間の意思は素質や環境によって決定されている部分と決定されていない部分があり、決定されていない部分における自由な意思決定に対して責任非難が向けられる。

この見解に対しては、性格の傾向性から犯罪行為を説明できる程度に応じ、責任が否定されるという疑問がある。例えば、出来心で生まれて初めて窃盗をした犯人と、犯行を重ねて規範意識が鈍磨した常習窃盗犯人とでは、前者の方が自由で責任も重く、後者の行為の方が選択の余地が狭まっていることから責任も軽いことになる。人間の意思が因果法則に服さない部分について責任を問おうとすれば、「責任非難と犯罪予防とは完全に切り離され、そ

それぞれ相反関係に立つ」ことにもなるだろう。⁽²⁰⁷⁾

これに対して近時では、自由意思を「仮設」ないし「規範的要請」として措定しつつ、社会の一般人を基準として行為者を非難することができるとする見解が有力である。⁽²⁰⁸⁾ 例えば井田良は、「責任の有無と程度を決めるための基準としての自由と可能性は、経験的事実ではなく、規範的要請ないし仮設として前提に置かれるものでなければならない」とし、「刑法は、行為者に対し、この社会をともに構成する者としての平均的な要請に応じることを期待し、その要請に反する以上、責任を肯定すべきである」⁽²⁰⁹⁾とする。

もっとも、この立場に対しては、行為者の他行為可能性を責任の基礎に置きながら、社会の一般人・平均人を基準に行行為者を非難することが十分に説得性を有するののかという疑問が生じうる。⁽²¹⁰⁾ この立場からは、行為者自身についての主観的・個人的非難が問題となるのではなく、行為者に向けられた社会の客観的非難が問題となることから、非難概念が無限定・無内容となることが避けられないのではないだろうか。

自由意思に関する上記の二説とは異なり、行為が決定されていたことと責任非難は両立しようと解する立場（両立可能論）が存在する。これによれば、人間の意思が自由であることと決定されていることは矛盾しない。人間の意思が自由であるかどうかは、その意思が何によって決定されているかによるのであり、生理的な衝動や傾向によって決定されている場合は自由であるとはいえないが、意味の層あるいは規範意識の層によって決定されている場合には自由であり、その行為に対して非難を向けることが可能となる。⁽²¹¹⁾

この見解のすぐれた点は、証明することが不可能な形而上学的前提に立脚する必要がないところにある。というのも、同説によれば、他行為可能性や意思の自由の存否とは無関係に、行為の決定要因が規範意識に基づいている限りで非難の賦課が可能となるからである。⁽²¹²⁾ さらにいえば、「行為者の規範意識が、意思決定ないし行為選択の1つの要因となっている」という経験的に証明可能な命題のみを前提とすれば足りることから、両立可能論の立場か

らは決定論の正しさが証明される必要も存しない⁽²¹³⁾。

確かに、非決定論者の主張に見られるように、われわれは自由の意識、他行為可能性の意識を持っている。しかし、『『貧困からの自由』、『圧政からの自由』』というように、われわれは自由としては『何かからの自由』を考えるのであり、何事にも関係しない、抽象的な自由・不自由を考えることはしない⁽²¹⁴⁾。そうだとすれば、刑事責任の判断場面においてもこの種の無限定な自由を指定する必要性は存しないのではないだろうか。

フィクションであっても自由意思を基礎にした刑罰制度を構成すべきとの立場からは、現行憲法が前提とする自由が非決定論的な自由であり、「強制されていない自由」の概念が従来の意思自由論で論じられてきたものと異なる⁽²¹⁵⁾との批判が向けられる。しかし、憲法が保障する個人の自由や自律が、上記の無限定な自由意思の存在を不可欠な要素として前提としているとは思えず⁽²¹⁶⁾、一般人・平均人を基準とする自由や自律の尊重が、本当に個人の自由や自律の尊重に繋がるのかは不明である⁽²¹⁷⁾。

これらの点から筆者は、責任主義の基礎づけとしては両立可能論の説明に魅力を感じている。この立場を前提とした場合には、「われわれの非難や称賛は、行為が決定されていたかどうか、他行為可能性があったかどうかと、直結していない⁽²¹⁸⁾」ことになり、他行為可能性の有無は責任の基礎づけとは無関係なものとして位置づけられる。

しかしながら、わが国の刑法学説においては、非決定論のみならず決定論(両立可能論)の立場からも、程度の差こそあれ、他行為可能性が責任の必要条件であることは、自明のこととして扱われているように見受けられる。

これに対して(法)哲学分野においては、両立可能論の立場から、他行為可能性を責任の判断場面から排除する傾向が見られる⁽²¹⁹⁾。こうした議論進展が刑法学における責任本質論にも影響を与えうるとすれば、両立可能論の立場からも維持されてきた他行為可能性原理——および、その帰結として、責任能力基準の中で制御能力要件に重点を置く思考方法——に再考を迫る契機と

して位置づけられると考える。

確かに、実用法学としての法解釈学においては、理論的・認識的要素と実践的・評価的要素とが複雑微妙な交錯を示すことから、「自由意思」⁽²²⁰⁾の存在を根拠として周辺諸科学と社会科学との境界を絶対化し、少なくともフィクションとして意思自由を認める傾向が存することは否定できない。意思自由問題をめぐる議論を「作業仮説」だと位置づけ、議論を円滑に進めるための道具としてのみ価値を認める見解の根底には、こうした思考方法があるのだろう。

しかしながら、周辺諸科学と社会科学の対話は、必ずしもア・プリオリに不可能なわけではない。⁽²²¹⁾ 筆者は、周辺諸領域との議論を通して、刑事責任論において必要とされるものの実体やその外延が明らかにされるとともに、議論の深化が見られることに積極的な有益性を見出すことができると考える。換言すれば、周辺諸科学の知見を活かすことにより、「社会科学の理論面での進化と応用面での有効化とをもたらす」⁽²²²⁾ことが可能となるのである。

本章では、他行為可能性原理をめぐる（法）哲学分野の議論状況に検討を加える。哲学領域では、決定論の真偽や自由意思の存否それ自体が古典的に論じられてきたが、現在では決定論と自由意思の両立問題へと中心的な論点に移りつつある。以下では、これらの議論を整理・分析することにより、刑事責任論を精緻化するための示唆を得ることを目指す。

第1節 （法）哲学分野における議論状況

第1款 Frankfurt による問題提起

哲学分野における他行為可能性と責任の関係をめぐる議論において、20世紀で最も重要な文献のひとつとされるのが、アメリカの哲学者H・フランクファート（Harry Frankfurt）による「他行為可能性と道徳的責任」⁽²²³⁾である。彼はこの論文の中である反例を用い、道徳的責任の必要条件としての他行為可能性原理の妥当性に疑問を呈した。

フランクファートは、まず、「他行為可能性原理」を「ある人格について、その人が自分の為したことに關して道徳的責任があるのは、彼が別のことも為しえた場合のみである」と定義づける。そして、以下の例を用いて、他行為可能性原理が偽であると主張する。

ジョーンズはXを殺したいと以前から考えていた。ある時点tで、ジョーンズはXを殺そうと自ら決意して、Xを殺した。しかし実は、ほかの誰か（仮にブラックとしよう）もXに死んでほしいと以前から考えていたが、ブラックは自らの手でXを殺そうとまでは考えていなかった。そこでブラックは、ある方法（特殊な催眠術）を用いて、ある時点tでもしジョーンズがXを殺そうとしなければ、Xを殺そうとする意思がジョーンズに生じるようにしておいた。⁽²²⁴⁾

フランクファートによれば、この事例においては次のことが同時に成立している。第一に、ジョーンズはXを殺したことに關して責任がある。なぜならば、ジョーンズはXを殺そうと自ら決意してXを殺したからである。第二に、ジョーンズはXを殺す以外の行為に出ることはできなかった。というのも、仮にtの時点でジョーンズが自らXを殺そうと決意しなかったとしても、ブラックの催眠術によって、Xを殺していたからである。

こうしてフランクファートは、他行為可能性が存在しなくても責任を問いうる場面を提示し、他行為可能性原理を責任の必要条件として位置づけることに對して疑問を呈する。フランクファートは言う。

「ある人格の行為の理由を説明するという問題に、このように意味ある関連性をもたない事実〔他行為可能性の有無〕を彼の道徳的責任の評価において重視することは、まったく不適當なことであるように思われる。彼をそのように行為させた事情を理解するのも、別の事情であったら彼が

したかもしれないことを理解するのも、まったく役に立たないというのに、どうして、その人格について道徳的な判断を下すときに、この事実を考慮すべきなのだろうか。⁽²²⁵⁾」

フランクファートが1969年の論文でこの問題を提起して以降、この反例をめぐり、彼のように自由意思と決定論が両立可能だとする立場と、そうではないと主張する両立不可能論⁽²²⁶⁾との間で、現在でも議論が戦わされているとき⁽²²⁷⁾れる。

第2款 瀧川裕英による「理由応答性」概念

法哲学者の瀧川裕英は、フランクファートと同じく両立可能論の立場から、道徳的責任の必要条件それ自体が解明されるべきだと主張する。瀧川は、「責任にとって重要なのは、他行為系列が存在したか否かではなく、行為の現実系列がどのようなものであったか、行為が現実にとどのように実行されたか⁽²²⁸⁾」だと指摘した上で、実際に行われた行為になんら作用していない他行為系列の存在が、どうして責任を基礎づけることになるのかと疑問を呈し、「他行為可能性原理の説得力は、期待可能性原理の説得力に寄生して⁽²²⁹⁾いる」と問題の核心を明らかにする。すなわち、他行為可能性原理が期待可能性原理と混同されることによって、期待可能性原理の妥当性に反射して、他行為可能性原理が妥当という錯覚が生じると指摘するのである。⁽²³⁰⁾

そして、責任にとって決定的に重要なのは、その行為が現実に行われたのはなぜかであると論を展開し、責任判断において重視されるべきは他行為可能性の有無ではなく、行為の理由だと主張する。⁽²³¹⁾瀧川は、この理由に関する能力を、行為に関する規範が提示する行為理由を理解し、その理由に基づいて自らの行為の妥当性について推論して行為を決定し、その決定に従って行為する能力と定義づける。⁽²³²⁾そして、「理由応答性 (reasons-responsiveness)」という観点から責任の本質に分析を加える、フィッシャー (John M.

Fischer) とラヴィッツァ (Mark Ravizza) による研究⁽²³³⁾をもとにして、理由能力概念の内実を明らかにしようと試みるのである。以下では、瀧川の責任概念の中核を構成する「理由応答性」概念を、瀧川が参照したフィッシャーとラヴィッツァの見解にも沿った形で概観⁽²³⁴⁾することにしてしよう。

既述の通り瀧川は、両立可能論の立場から責任を帰すための条件として、行為者がその行為の意味を理解して行為に出たか、という観点を重視する。そして、上記の理由応答性概念を分析する過程で、この概念がさらに「強い理由応答性 (strong reasons-responsiveness)」、「弱い理由応答性 (weak reasons-responsiveness)」、「穏当な理由応答性 (moderate reasons-responsiveness)」へ分けられると指摘するのである。

まず、「強い理由応答性」については、行為者が実際に出た行為を他者視点から回顧的に見つめ直した際に、「ある『心理過程 (mechanism)』が作動し、別様に行為する十分な理由が存在するならば、行為者は別様に行為する十分な理由を認識し、別様に行為することを選択し、実際に別様に行為する⁽²³⁵⁾と言える場合⁽²³⁶⁾」に成立する。

もっとも、こうした意味で理解される強い理由応答性は、行為者の思慮弁別さを念頭に置いているように思われる。つまり、思慮弁別のある麻薬使用者が、「もし麻薬の使用が破滅的結果をもたらすことを認識していたならば麻薬を使用しなかったであろう、と言える場合⁽²³⁷⁾」には強い理由応答性が成立する一方で、「麻薬を使用しない十分な理由が存在したとしても、意思が弱いために、なんとなく麻薬を吸う」といった無思慮な者に対して強い理由応答性は成立しない。後者の場合には、麻薬を使用しない十分な理由が存在したとしても、必ずしもそれを自らの行為の理由として用いるとは限らないからである。無思慮な者に対しても一般に責任が問われることからすれば、強い理由応答性は責任の必要条件として実用に耐えないことになる。

そこで、フィッシャーとラヴィッツァは、「弱い理由応答性」概念を提示⁽²³⁸⁾する。弱い理由応答性について言えば、「別様に行為する十分な理由が存在

し、行為者がこの理由を認識し実行するような可能世界が存在すれば弱い理由
 由応答性が成立する⁽²³⁹⁾」。弱い理由応答性においては、強い理由応答性とは異
 なり、別の行為に出る十分な理由を提示された場合に、その別の行為に出る
 ことが常に要求されるわけではない。換言すれば、強い理由応答性では、
 「別の行為に出る十分な理由が提示された場合には、実際にその行為に出た
 であろう」という現実的（蓋然的）な可能性が要求されるのに対し、弱い理
 由応答性では、「別の行為に出る理由を提示された場合にその別の行為に出
 る」可能性が全くないわけではない、ということが言えれば足りるのであ
 る。強い理由応答性では、現実の責任判断にとってハードルが高すぎるた
 め、理由能力とはさしあたり、この弱い理由応答性だと言うことができる⁽²⁴⁰⁾。

しかしながら、この弱い理由応答性も欠点を有している。瀧川によれば、
 「その日が新月である場合にのみ麻薬を使用しなかったであろうと言えるよ
 うな事例⁽²⁴¹⁾」において弱い理由応答性は成立しているものの、「新月でなけれ
 ばいかなる条件下であろうと麻薬を使用したのであるから、責任を問うた
 めに必要な理由能力が存在する⁽²⁴²⁾ということは躊躇される」のである。このこ
 ころから、「別の行為をする理由を提示されたときにその別の行為に出る」か
 を問題とする際の「別の行為をする理由」は、内容に関して一定の制約を受け
 ることになる⁽²⁴³⁾。

かようにしてフィッシャーとラヴィッツァは、新たに「穏当な理由応答
 性」概念を導入する。これによれば、責任を問うために必要な理由応答性
 が成立するためには、弱い理由応答性に加えて、「穏当さ」、すなわち他者から
 の視点（第三者の了解可能性）が不可欠となる⁽²⁴⁴⁾。この修正を経て、理由応答
 性の定義は以下のように規定される。

行為者の「心理過程」を所与として、別様に行為する理由が提示される
 と、その心理過程が理由に反応して別様に行為に出ることがありうる場合
 には、弱い理由応答性が成り立つ。弱い理由応答性が成り立つ場合で、特

に心理過程に提示される理由が第三者にとっても了解可能な場合に、⁽²⁴⁵⁾ 穏当な理由応答性が成り立つ。

行為者の心理プロセスを出発点とし、別の行為に出る理由が提示されたときに、その別の行為に出ることがありえたと(思考実験上)評価することが可能な場合のうち、別の行為に出る理由が第三者からも了解可能なものに対し、穏当な理由応答性が成立することになる。簡潔に言えば、『あなたがすべきなのはむしろ別の行為ではないのか?』という第三者からの問いかけに対して、行為者がそれに応えて別様に行為することがありうる場合に、⁽²⁴⁶⁾ 穏当な理由反応性は成立する」のである。

瀧川は、ミシェル・フーコー(Michel Foucault)の言葉を引きつつ、狂気と理性の区別は社会的に構成され、因果関係において見られるような「原因-結果」関係として捉えられるか、行為者に責任を問うる「理由-帰結」関係として捉えられるかは、その社会に依存すると指摘する。「狂気は普遍的・前社会的に狂気ではなく、ある動機を最低限の理解可能性も存在しないと社会が認定した場合に狂気となるのである」⁽²⁴⁷⁾。

以上が、瀧川の提示する理由能力概念の概要である。具体的な検討に入る前に、決定論と自由意思の両立不可能論者(他行為可能性原理の擁護者)からフランクファートや瀧川に向けられた2つの批判と、それに対する瀧川の回答に触れておこう。

まず、両立不可能論者のウィダカー(David Widerker)は、フランクファート事例において、「ジェームズはXを殺す以外の行為をなしえなかった」、つまり、Xの殺害が不可避であった点を取り上げ、ジェームズに対してXを殺さないようにすべきだったと言うことはできないと批判する。⁽²⁴⁸⁾ すなわち、いずれにせよジェームズはXを殺してしまうのだから、この事例においては「そうすべきでなかった」という理由を欠いている、というのである。

これに対する瀧川の回答は以下の通りである。まず、①過去を変えること

ができないこと（過去の不可変性）を前提に、規範が事実と反しうること（規範の抗事実性）を認めるとすれば、この事例においてもジェームズを非難することが可能であり、また、②当為は他行為可能性を⁽²⁴⁹⁾含意しない。

①の点については、次の二つの問題を分けて考えなければならない。すなわち、〈ジェームズはXを殺す以外の行為をなしえなかった〉と〈ジェームズはXを殺すべきではなかった〉である。瀧川は、前者が事実に関する文であり、後者が規範に関する文であることを指摘しながら、過去の不可変性を念頭に、規範とはむしろ事実と抗う性質を伴うと主張する。すなわち、ジェームズがXを殺す以外の行為をなしえなかったか否かにかかわらず、Xを殺すべきではなかった、と言っているのである。

②の点についても、瀧川によれば、「当為は可能を⁽²⁵⁰⁾含意する」というテーゼにおける「可能」とは、「他行為系列」の意味における⁽²⁵⁰⁾事実的他行為可能性の存在ではなく、「理由能力」が存在していたことだと解される。したがって、他行為の可能性が存在しなかったとしても、⁽²⁵¹⁾当為は存在するのである。

また、フランクファート事例に対して浅田和茂は、催眠術をかけられたジェームズがXを殺さない兆候を示したとすれば、その点に（事實的）他行為可能性が認められ、これを阻止する催眠術は意思の自由を奪うものであるから⁽²⁵²⁾ジェームズの責任は否定されると主張する。浅田は、フランクファート事例において、現実の他行為可能性を有していなくとも、他決意の可能性は存すると主張するのである。この批判に対し瀧川は、⁽²⁵³⁾赤面や痙攣など、意図的行為ではないものも〈Xを殺さない兆候〉に含まれることから、〈Xを殺さない兆候〉と〈他決意〉とを同一視することはできないとの反批判を加える。すなわち、決意とは程遠い〈Xを殺さない兆候〉が、なぜ責任を基礎づけることができるのか、疑問を投げかけるのである。

第3款 検討

以上、フランクファートと瀧川の見解を中心に、哲学領域における他行為可能性原理に関する議論を概観した。非難可能性の基礎として位置づけられてきた他行為可能性原理に疑問を呈し、理由への問いと応答という図式から責任判断の過程を描写しようと試みる点で、これらの見解は興味深い。

筆者は、刑法学においても、責任の必要条件としての役割を果たさない他行為可能性原理を責任の本拠に据えるべきではないと考える。湧水は水源で飲むべきであって、現実に行われた行為の意味を確定するための対象項として観念されるに過ぎない他行為の可能性に、責任の根拠を求めるべきではない。実践的にも、他行為可能性判断の困難性から、実際には「非難できる場合に他行為可能性がある」と言っているに過ぎない、逆説的な事態に陥ってまでも他行為可能性原理を堅持すべきではないだろう。⁽²⁵⁴⁾この意味で、「実際に行われた行為の意味」を確定することに主眼が置かれるべきとの瀧川による指摘は示唆に富む。

刑法学は、フランクファート事例に対し、どのような回答を与えるべきだろうか。刑法上の責任（非難）とは、規範意識をはたらかせることにより違法行為に出ることを思いとどまるべきであったのに、そうしなかったことについての否定的価値判断を意味するとされる。⁽²⁵⁵⁾刑法における他行為可能性は、制裁として刑罰が予定されている以上、道徳律におけるような高度の基準による必要はないとの指摘からも見て取れるように、その価値判断は刑罰と関連づけて考えられなければならない。⁽²⁵⁷⁾

しかしながら、フランクファートや瀧川が提起した問題には、刑法学においても以下のような意味で、なお意義が存するように思われる。すなわち、①ある行為Aの性質を見極めるために、〈Aではないこと〉に目を向けることを当然の前提としてきた従来の思考方法に疑問を投げかけ、②責任判断に「他者の視点」を導入する点である。

①の点について言えば、刑事責任論の領域にあっても、「他行為系列が存

在したか否かではなく、行為が現実にとどのように実行されたか」の検討を欠いたままでは、非難可能性概念は空虚なまま残されるのではないだろうか。この問題は、かつて規範的責任論に向けられた批判を想起させる。というのも、規範的責任論は、責任が評価であることを明らかにした点でその功績が認められる一方、責任の内実を何ら明らかにするものではなかったとされるからである。⁽²⁵⁸⁾

こうした空虚な本質論の下で導出される責任能力基準は、いわば砂上の楼閣であり、本稿が目指すところの、責任能力の実践的な判断枠組みを析出するための本質論としては致命的でさえある。フランクファート事例において他行為可能性の欠如ゆえに責任を問えないとする見解は、〈催眠術が作用して意思が捻じ曲げられた結果Xを殺す〉という仮定的因果経過を、暗黙裡に付け加えているのではないだろうか。

②の点についても、規範的責任論への疑問から実質的責任論が展開された過程に引き付けて考えることができる。この展開過程については本稿の射程外であるものの、予防目的から責任概念を構成する見解が登場してきた背景は、以下のようなものであったと概括できる。

規範的責任概念のもとで、責任の本質は「非難」ないし「非難可能性」として理解される。この非難は、行為者が当該行為に際して他の行為に出る可能性があった場合、すなわち「他行為可能性」があった場合に認められる。この点、行為者が当該具体的事情の下で適法行為を選択できたという具体的他行為可能性は問題とされるべきではない。というのも、責任の決定に際し、この意味の他行為可能性が訴訟において証明・認定されなければならないからである。他行為可能性が非難を、ひいては責任を基礎づける以上、この点の証明なしに責任の有無は判断できないはずである。⁽²⁵⁹⁾

そこで、こうした問題を回避するため、行為者の具体的な他行為可能性を要求せず、一般抽象的な他行為可能性を問題とすることになる。この意味で理解される他行為可能性は、行為者自身についての主観的・個人的非難は問

題とならず、行為者に向けられた社会の客観的非難が問題となることから、非難概念自体が無限定・無内容となり、非難が責任を基礎づけるのではなく、責任を肯定すべき場合に非難が認められるという帰結に至ることになる。⁽²⁶⁰⁾こうした責任概念の空洞化に対し、責任概念を新たに実質化するために予防の観点が導入されたと評価できよう。

刑法学においては、規範的責任論のもとで責任判断に際して他者視点の評価が不可欠であることが確認されたにもかかわらず、他行為可能性の基準に平均人の代入を正面から認めることには、なお躊躇を覚える傾向があるように見受けられる。⁽²⁶¹⁾責任能力論においても、可能な限り仮定的判断を排した判断枠組みを目指すとしても、責任判断において純事実的な行為者能力のみを問題とすることはできないように思われる。むしろ採られるべき方向性は、第三者視点の尺度(スケール)を、いかに適切な形で責任論へ持ち込むべきかを考えることではないだろうか。

第2節 刑法学における他行為可能性—両立可能論の系譜を中心に

既述の通り、刑法学においては決定論・非決定論を問わず、他行為可能性原理は責任判断に際して当然の前提と解されている。しかし、前節で概観したように、両立可能論を前提とした責任論においては、他行為可能性原理を正面から認める必然性は存しない。そこで本節では、刑法学における責任論のうち、両立可能論を前提としながらも他行為可能性原理を維持した責任論を構築する、平野龍一と所一彦の見解に検討を加える。⁽²⁶²⁾両者が他行為可能性原理を用いる理由を探ることによって、(法)哲学分野の議論蓄積を刑事責任論に援用するための素地を整えることが本節の目標である。

第1款 平野龍一説

抑止刑論の代表的論者である平野龍一は、自由意思問題について両立可能論を採用する。これによれば、人間の意思が自由であるということと決定さ

れていることは矛盾しない。平野は、その意思が何によって決定されているかが問題であり、生理的な衝動や傾向によって決定されている場合は自由であるとはいえないが、意味の層あるいは規範意識の層によって決定されている場合には自由であると理解する。⁽²⁶³⁾

そして、刑法で問題とされる自由とは、社会的な非難によって行為者が決定されうること（刑罰適応性）を意味し、この場合に刑事責任が認められることになる。平野によれば、刑罰とは、「人間の意思のもつ法則性を利用して、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わないように新たな『条件づけ』を行おうとするもの」⁽²⁶⁴⁾なのである。

他行為可能性原理について平野は、「人間の行為が決定されているのだとすると、『他の行為をすることも可能であった』とはいえないのではないかと自問した上で、「たしかに、まったく同じ事態のもとでは、『他行為をすることも可能であった』とはいえないであろう。ただ、もし『条件がちがっていたならば』他の行為をすることも可能であった、⁽²⁶⁵⁾とはいえる」と指摘する。すなわち、因果的決定論を前提としつつも、「条件がちがっていたならば」他の行為をすることも可能であったとして、反事実条件文の代入を認める立場を採用するのである。平野によれば、非難とは、「より強い合法的規範意識をもつ『べき』であったという判断の告知」⁽²⁶⁶⁾であり、ここにおいて「他行為が可能であった」という命題は仮言的なものとして理解されるので⁽²⁶⁷⁾ある。

第2款 所一彦説

平野と同様に両立可能論を支持する所一彦も、抑止刑論者の一人である。しかし、その内容が平野説と異なる点については留意しなければならない。⁽²⁶⁸⁾ 所の見解の特色としては、平野説の理論的不明確性を指摘しながら、①抑止刑をいかに歯止めするかという問題についてゲーム理論を用いながら説明⁽²⁶⁹⁾し、他方で、②条件づけの問題については抑止可能性を他行為可能性に置き

替えて理解する点が挙げられる（本款では、主として後者の点を取り上げる）。

抑止刑論における条件づけの問題について、所は以下のように述べる。第一に、「抑止可能性がないという判断が即不処罰をもたらすとすれば、違法行為によって利を得ている者は、抑止可能性がないという判断をもたらすように画策するであろう⁽²⁷⁰⁾」。すなわち、事前に処罰されていればより強い合法的規範意識を有していたであろうという現実の可能性を処罰の前提とした場合、犯人の側は処罰を恐れず違法行為を重ねるという形で抵抗する懸念がある。第二に、「抑止可能性は、処罰が許されるための必要条件ではあっても、十分条件ではない⁽²⁷¹⁾」。すなわち、抑止可能性という観点からのみでは、違法行為の抑止という全体の利益のために行為者を犠牲とすることの理由が説明できないのである。

以上の問題意識から、所の見解において他行為可能性原理は、抑止可能性に代替する基準として用いられることになる。所説における他行為可能性原理の内実は、以下のように理解される。

まず、第一の理由から、状況の実践的な意味づけとしての他行為可能性は、定言的なものでよいことになる。所は、「未来の予測に関する事実判断」と「状況の実践的な意味づけとしての事実判断」とを分けた上で、平野説における仮言的判断は前者の思考方法だと指摘する⁽²⁷²⁾。しかし、処罰が許されるための前提判断としての他行為可能性は、後者の「状況の実践的な意味づけ」に属することから、他行為可能性判断に際して「あるべき規範意識を有していたならば」という形で仮定的判断を加えることは妥当でない。このことから、「『まったく同じ事態のもとで』『他の行為をすることも可能であった』⁽²⁷³⁾といてよい」ことになる。

また、第二の点については、「全体のための個人の犠牲は、その犠牲が平等に負担され、その犠牲による利益が平等に分配されるならば許される⁽²⁷⁴⁾」。すなわち、所説において他行為可能性は、抑止刑を科すための平等の観点か

ら求められるのである。⁽²⁷⁵⁾

以上の二点から、所説における他行為可能性は、行為者自身による状況の意味づけとしての「他の行為も可能であった」という判断ではなく、抑止刑の平等な負担という観点から、「彼が置かれたような状況に仮にわれわれ自身が置かれたとして、われわれは通常、適法な他の行為を『可能』なものとして意味づける⁽²⁷⁶⁾」かどうかの判断であることが導かれるのである。

第3款 検 討

本節では、刑法学説のうち、両立可能論を前提としながら他行為可能性原理を維持する、平野と所の見解を概観した。両者が前提におく抑止刑論の妥当性についてはなお留保するとしても、彼らが他行為可能性原理に付与する意味内容は興味深い。

まず、規範の抗事実性をめぐり、瀧川と所の思考方法の近似性が注目される。瀧川は、両立可能論を前提とした責任実践においては、「事実としての文脈」（過去の不可変性）と「規範としての文脈」（規範の抗事実性）を分けて考える必要性を指摘したが、これは、所の言うところの「状況の実践的意味づけ」としての責任判断に対応するように思われる。

また、他者視点を導入する点についても、平野が一般的他行為可能性を前提としているかは必ずしも明らかでないものの、所が抑止の対象を一般人であることを明確にし、行為者の現実の他行為可能性を「彼が置かれたような状況に仮にわれわれ自身が置かれたとして」という形で定義づける点は注目に値する。このような思考方法には、先に瀧川が提示した、穏当な理由応答性アプローチとの類似性が見て取れるように思われるのである。

以上をまとめると、平野と所の見解においては、他行為可能性原理それ自体は維持するものの、①両立可能論を前提とし（平野・所）、②規範の抗事実性を指摘しつつ（所）、③他行為可能性判断に際しては他者からの視点を導入する（所）。

私見は、瀧川によって提示された理由能力論と平野・所によって提示された他行為可能性論が、ほぼ同一の帰結に至ると考える。まず、法哲学分野の議論蓄積からのアプローチにおいては、実際に行われた行為の意味を確定するために、理由能力論が展開される。これによれば、①規範の抗事実性を前提に、②「穏当さ」という形で責任判断に他者の視点を導入する。そして、この理論を刑法上の責任理論として用いるためには、③「別の行為をする理由」の内容で考慮されるべき第三者の了解可能性が、道徳規範ではなく、刑罰賦課を念頭に置いた刑法規範に基づいて判断される必要がある。

他方で、刑法理論からのアプローチにおいては、刑罰賦課の可否を判断するための基準としては、道徳的責任判断に求められるような高度の基準は不必要だとして——換言すれば、「あそび」が必要であるとして——従来通りの他行為可能性原理が維持されてきた。しかし、実質的責任論の展開により、従来の他行為可能性概念はそのままの形で維持できないことが次第に明らかとなった。

誤解を恐れずに単純化すれば、従来の議論においては、「規範的責任（他行為可能性）+可罰的責任（⁽²⁷⁷⁾予防的考慮）」という形で、他行為可能性原理が刑事責任の中核に置かれてきた。しかし、行為者の犯行当時における具体的他行為可能性は証明不可能なことから、この意味では一般的他行為可能性を基準とせざるを得ない。⁽²⁷⁸⁾そして、両立可能論を前提とした、状況の実践的な意味づけとしての他行為可能性判断に際しては、「あるべき規範意識を有していたら」という仮言的判断ではなく、「行為者が現実⁽²⁷⁹⁾に有していた」意思内容を基にして、『まったく同記事態のもとで』『他の行為をすることも可能であった』⁽²⁷⁹⁾とあってよい（定言的判断）という形で理解されることになる。

かようにして、刑法学からのアプローチによっても、他行為可能性判断へ流入する「他者視点」の考慮と規範の抗事実性という修正によって、刑事責任としての意味づけが付与された理由能力公式へと漸近してくる。現実の責

任実践過程に適合させるため、その運用に際し必然的に修正が迫られる他行為可能性原理を堅持する従来の刑法学説は、不必要な遠回りを犯しているようにも思われるのである。

このことから筆者は、責任判断においては他行為可能性の有無ではなく、実際に行われた行為の理由が出发点とされるべきだと考える。実際に行われた行為の対象項として観念されるに過ぎない他行為可能性に非難可能性の根拠を求める従来の思考枠組みは、他行為可能性を期待可能性と同一視することによって、他行為可能性原理に意味を与えてきた。しかしながら、むしろ採用されるべきは、「実際に行われた行為の意味」を確定することに主眼が置かれた責任判断の方法なのではないだろうか。⁽²⁸⁰⁾

この立場からは、責任判断において他行為可能性は積極的な意義を有さない。「他行為可能性における行為は、現実の行為の意味を明らかにするために、そしてそのためだけに要請される」⁽²⁸¹⁾のであり、こうした補助的な意味しか有さない他行為可能性は、責任判断における指導原理としての役割を果たし得ない。

両立可能論の立場を前提とした責任判断では、「責任の帰属」を確定する場面において、規範が時として、事実と異なることが前提とされなければならない。平野説に見られたように、「あるべき規範意識を有したならば」という形で仮言的判断を取り込む必要性は存しない。過去の不可変性を前提とし、状況の実践的判断として、『まったく同じ事態のもとで』『理由能力が存在した』⁽²⁸²⁾とあってよいのである。

責任の判断過程を〈理由への問いと応答〉という図式から説明する上記の思考方法は、前章第2節第3款で取り上げた、行為者の合理性という見地から責任能力基準を再構成する立場と親和性を有している。これらの見解はいずれも、①他行為可能性原理を前提とせず、その帰結として、制御能力を軸に責任能力要件を構築する必然性が存しない。また、②弁識能力要件の判断に際しては、行為者の弁識内容ではなく、むしろ弁識プロセス（行為への意

思決定過程)に着目し、③通常人からの乖離の程度が問題となるプロセスの判断においては、第三者視点を必然的に伴うことになる。

本章では、責任判断の出発点としての他行為可能性原理に疑問を呈し、その代替となる思考方法について提言を行った。(法)哲学領域における議論の刑事責任論への応用についてはなお詳細な分析を要するが、少なくとも、他行為可能性原理を暗黙裡に前提とする思考枠組みへの問題提起として、その役割を果たせると考える。

次章では、これまでの比較法的・領域横断的分析をもとに、筆者の立場から、わが国における弁識・制御能力要件のあるべき姿を提示する。

第4章 わが国における弁識・制御能力要件

既述のように、わが国の責任能力基準において弁識・制御の枠組みが採用されてきたのには、他の責任要素との整合性を図るという側面があったと考えられる。すなわち、わが国の通説は、責任の上位概念が「違法性の認識とそれに従った意思決定の制御という2つの要素に求められ、それぞれが能力面と状況面に振り分けられる⁽²⁸³⁾」とし、弁識・制御能力と他の責任要素の平行理解を前提とする。

このことから筆者は、弁識・制御能力の重なり合い問題に関する実体論レベルの分析では、「責任能力判断で問題とされるべき内実」の分析に加え、責任能力の体系的地位をめぐる議論にも踏み込んだ形での検討を要すると考える。

責任能力と他の責任要素の関係は、従来、責任能力が責任の前提であるのか、それとも責任の要素であるのかという議論の枠内で論じられてきた問題である。すなわち、責任能力の体系的地位をめぐる責任前提説・責任要素説の対立は、「両者が(ほとんど)オーバーラップするものなのか、つまり、責任能力は、期待可能性ないし違法性の意識の可能性の中に基本的に解消されてしまうものなのか、それともこれらとは明確な違いがあり、独自の立場

を有しているとみて、これらを明確に区別し順序立てて判断すべきなのかという基本的な見方の相違⁽²⁸⁴⁾を反映するものであった。

本章では、まず、弁識・制御能力を峻別する従来の枠組みが責任能力と他の責任要素の平行理解に起因しているとの問題意識から、責任能力の体系的地位の問題として、責任前提説と責任要素説の対立として論じられてきた問題につき、総論の見地から分析を加える。

続く各論的考察では、主として弁識能力要件の検討を行う。この過程では、弁識能力と違法性の意識の可能性を原理的に同一視するドイツの議論を参照しつつ、こうした理解の非妥当性を提示する。違法性の意識の可能性については、「行為者の主観的事情に関わるものであるから、期待可能性の問題よりも、責任能力における是非弁識能力と一層密接な関係にある⁽²⁸⁵⁾」と評され、他の責任要素との平行理解の問題性を提示するに際しては、鍵となるポイントになるだろう。

本稿の立場からは、こうして析出された平行理解の非妥当性は、弁識能力要件において問題とされるべきは違法性の単なる事実的認識ではなく、行為の違法性を認識することで適法な行為へと動機（理由）づける弁識プロセスを有していたか——行為者の意思決定過程を第三者が合理的と評し得るか——の問題であることを示唆している。

最後に、他行為可能性原理の否定と弁識能力要件の上記実質化を経て、従来の意味における制御能力要件が上記の意味づけを付与された弁識能力要件に吸収される点を明らかにする。

第1節 責任能力の体系的地位をめぐる議論

責任能力が責任の前提（Voraussetzung）なのか、それとも責任の要素（Element）なのかという問題については、①いずれの見解によっても責任能力がなければ責任が阻却されることに変わりがなく、②両説の内部においても論者間で種々のニュアンスを伴うことから画一的な類型化の困難性が指

⁽²⁸⁶⁾ 摘され、この問題を論じることの実益に疑問を投げかける向きがあることは否定できない。

しかしながら、両説の基本的な考え方の差異を把握することは、弁識・制御能力の重なり合い問題の検討に際して有益と考えることから、本稿でも、差し当たりは従来の議論軸に沿った形で分析を加えることにする。

責任前提説と責任要素説をめぐっては、①責任能力を一般的な能力と捉えるか、個々具体的な行為に関する能力と位置づけるのかという原理的な問題に留まらず、②部分的責任能力を認めるか否か、③生物学的要素と心理学的要素のどちらに比重を置くか、さらには、④故意と責任能力の判断順序の問題にも関連づけられた形で論じられる⁽²⁸⁷⁾。

もっとも、両説の立場を貫徹した場合には、いずれも妥当な帰結を導き得ないこともまた、認識されてきた。以下では、上記のように一連のセットで考えられてきた問題群を整理し、この種の議論で本質的に論じられるべき課題を明らかにした上で、責任能力のあるべき体系的地位を提示することを目標にする。

第1款 責任前提説

まず、責任能力を責任の前提と解する立場は⁽²⁸⁸⁾、①責任能力を個々の行為から独立した行為者の一般的な能力と捉えた上で、②責任能力の判断基準のうち生物学的要素を重視する。そして、③部分的責任能力を一般に否定するとともに、④故意・過失を持ちうる能力として責任能力を位置づけることから、責任能力の判断を故意・過失の判断に先行させ、⑤責任能力と他の責任要素の平行理解を認めない傾向がみられる。同説によれば、責任能力とは、行為者に対して非難を向けるための「人格的適性」であり、人格の統一性の観点から、個々の行為についての能力ではなく、その前提となる一般的な人格的能力として理解される。そして、責任能力を欠く場合には、違法性の意識の可能性、期待可能性の判断に入るまでもなく責任が阻却され、行為者の具体

的行為について問題となる違法性の意識の可能性、および期待可能性とは区別して論じられることになる。

第2款 責任要素説

これに対し、責任能力を故意・過失、違法性の意識（可能性）、期待可能性と並ぶ責任要素と理解する立場は、⁽²⁸⁹⁾①責任能力は個々具体的な行為との関係で論じられるべきとし、②心理学的要素を重視する。そして、③部分的責任能力を一般に肯定し、④責任能力の判断を故意・過失の後に位置づける傾向がある。この見解によれば、責任能力は行為の属性として把握され、個別行為責任原則のもと、当該具体的な行為について違法性を認識し、それに基づいて制御する能力と解される。⁽²⁹⁰⁾したがって、⑤弁識能力は違法性の意識の可能性と、制御能力は適法行為の期待可能性と内容上重なることになる。この立場から責任能力と他の責任要素の関係性は、責任無能力が生物学的原因などの内的要因に基づくのに対し、他の責任要素がそれ以外の事情に基づくという原因の差異があるに過ぎないと理解されるのである。⁽²⁹¹⁾

第3款 検討

以上が、責任前提説と責任要素説の概要である。もっとも、いずれの見解もその立場を徹底した場合には、以下のような問題が生じると指摘される。

まず、個別行為責任原則からの帰結として、責任能力についても、一般的な行為者の性質を問題とするのではなく、当該違法行為時の行為者人格と個々の違法行為の関連が問題にされなければならない。⁽²⁹²⁾この意味で、責任能力を行為者の一般的人格として強調することは、性格責任論に繋がらうる。また、責任能力に程度の差が認められるべきとすれば、非難可能性の前提の存否判断が中心となる責任前提説の思考方法は貫徹できない。⁽²⁹³⁾以上は、責任前提説を徹底した場合に生じる問題である。

他方で、責任能力は、行為者人格にかかわる人格的能力の問題として、生

物学的要素を内容とする点に特質が認められるべきとも指摘される。⁽²⁹⁴⁾こうした指摘を前提とすれば、故意・過失や違法性の意識の可能性、期待可能性に併置される単なる責任要素と解されるべきではないことになる。責任要素説を採用する多くの論者が、生物学的要素を「原理的に不要」とする一方で実際に同要素を排除するに至っていないことは、この証左とも解される。また、責任要素説を徹底した場合には、行為当時の心理状態を重視する帰結として、多少とも了解可能な動機があれば責任能力を肯定することになりやすい。⁽²⁹⁵⁾この見地からは、生物学的要素を軽視し、責任を過度に規範化するものとの非難を免れ得ないであろう。⁽²⁹⁶⁾

このようにして、責任能力は、責任能力がなければ責任が阻却されるという意味において単に責任の要件(Merkmal)とするか、⁽²⁹⁷⁾責任要素であるとしても、行為者人格にかかわる特別な要素と理解されなければならないとするのが、責任前提説と責任要素説をめぐる従来の議論の到達点であった。⁽²⁹⁸⁾

筆者の立場から付言すれば、まず、責任要素説の論者が主張するように、個別行為責任の見地から、責任能力はあくまで当該行為との関わりにおいて問題とされるべきであり、⁽²⁹⁹⁾この帰結として、部分的責任能力の概念は当然に認められることになるだろう。また、過度の了解可能性判断——行為当時の心理状態を重視し、多少とも了解可能な動機があれば責任能力を肯定する傾向——が問題であるとしても、責任能力の判断要素の中で第一義的な重要性を有するのは弁識・制御能力の有無や程度であることは否めない。このことは、弁識・制御能力といった機能基準を包含しないダラム・ルールが、運用上の困難性から修正を迫られたことから明らかである。これに対して、責任能力の判断順序については、他の実践的な考慮要素が多分に混入しうる問題であり、責任能力の本質に関わるものではないことから、この種の議論で同列に扱うべきではない。

かようにして筆者は、上記考慮要素のうち、④の点については態度を留保するものの、①ないし③の点で責任要素説的な思考方法が妥当であり、その

限りで責任前提説は修正を迫られるものとする。もっとも、そうだとすると、責任能力と他の責任要素の平行理解を認めるか否か（上記⑤の問題）は、なお別個の問題として残されている。

換言すれば、①責任能力を個別具体的な行為に関する能力だと位置づけ、②部分的責任能力の概念を承認し、③心理学的要素に第一義的な意味を付与する立場を採用するとしても、⑤責任能力と他の責任要素の関係性については、さらに個別的な分析を要するのである。

以下では、議論の混乱を避けるため、上記①～④の議論軸でどちらの立場を採用するかを問わず、責任能力と他の責任要素の平行理解を認める立場を責任要素説と称し、認めない立場を責任前提説と定義づける。弁識能力と違法性の意識の可能性が原理的に異なる内容を包含することを示し、上記責任前提説の立場を各論的視角から基礎づけることを目指す。

第2節 弁識能力要件の検討

心理学的要素における弁識能力について、戦前の大審院判例は「事物の理非善悪を弁識する能力⁽³⁰⁰⁾」とし、改正刑法草案も、責任能力における弁識の対象を行為の「是非」と規定する。この「理非善悪」ないし「是非」という文言は、倫理的な色彩を帯びることを排除できず、現在では自らの行為の「違法性」を認識する能力を意味するとの理解が通説としての地位を占めるに至っている⁽³⁰¹⁾。刑事責任が違法な行為についての法的責任であることを根拠とし、「責任能力においても、ひろく行為の『是非』を弁別できるかどうかではなく、行為が違法なものであることを弁識できるかどうか⁽³⁰²⁾」とされる⁽³⁰³⁾。

他方で、責任要素としての違法性の意識の可能性は、自己の行為が刑法的に許されないことについての認識可能性を意味している。そうすると、責任能力と他の責任要素の平行理解を認める立場（責任要素説）において、一方は他方に解消されてしまうのではないかとの疑念が想起できる⁽³⁰⁴⁾。以下では、

責任前提説と責任要素説をそれぞれ貫徹した場合における、弁識能力と違法性の意識の可能性の関係性やそれぞれの意味内容につき分析を加える。

第1款 責任前提説と責任要素説

責任前提説の立場からは、責任能力と他の責任要素は別個の責任要件と解される。既述の通り、修正された責任前提説において、弁識能力と違法性の意識の可能性はともに個別具体的な行為について問題となる。しかし、それでもなお、弁識能力と違法性の意識の可能性に異なる意味づけを与えることが原理的に可能である。

これに対して責任要素説の立場からは、責任能力は行為の属性であり、具体的行為の違法性認識が問題となる点で、違法性の意識の可能性と弁識能力が内容上重なり合うことになる。松原久利の分析によれば、こうした思考方法を前提とした場合、責任能力の体系的地位は故意と違法性の意識の理解に依存し、両者は以下の関係に立つこととなる。⁽³⁰⁵⁾

まず、①責任の成立に違法性の意識を不要とする立場からは、生物学的原因がある場合に限り、違法性の意識の可能性が弁識能力の場面で考慮される。

また、②故意の成立に違法性の意識を必要とする立場（厳格故意説）からは、㉞故意・過失の認定が責任能力判断に先行すると解すれば、責任無能力者の場合には、すでに故意・過失が欠けており、弁識能力は犯罪成立要件として不要となる。他方で、㉟構成要件の故意の概念を認め、責任能力判断を責任故意・過失より先に位置づけると、生物学的原因に基づく違法性の意識の可能性の欠如は責任無能力となり、それ以外の原因による違法性の意識の欠如は責任故意を、違法性の意識の可能性の欠如は責任過失をも否定するという帰結が導かれる。

さらに、③故意の成立に違法性の意識の可能性で足りるとする立場（制限故意説）からは、㉞故意・過失の認定を責任能力判断に先行させる場合には、上記㉟説と同様の帰結に至るのに対し、㉟構成要件の故意の概念を認

め、責任能力判断を責任故意・過失の判断に先行させる場合には、生物学的原因に基づく違法性の意識の可能性の欠如は責任無能力を、それ以外の原因による違法性の意識の欠如は責任故意を阻却し、違法性の意識の可能性が欠如した場合も責任故意が阻却されると解される。ここでは、違法性の意識の可能性を欠いた場合の帰結が、②④説と異なることになる。

最後に、④故意と違法性の意識の可能性が別個の責任要素とする立場（責任説）からは、責任無能力者の場合には責任が阻却され、生物学的原因以外で違法性の意識の可能性が欠ける場合には、別の責任阻却事由に基づくことになる。

責任要素説から導かれる上記の帰結に対しては、以下のような批判が想起できるだろう。

まず、①説においては、生物学的原因に基づく場面でのみ、違法性の意識の可能性を考慮し、それ以外の場合で考慮されない理由が明らかでない。⁽³⁰⁶⁾

また、①～④説の全てにおいて、制御能力には問題がないものの弁識能力が著しく減少した場合（限定弁識能力）に違法性の意識の不存在を前提とせざるを得ない。というのも、生物学的原因か否かにかかわらず、違法性の意識が存在する場合には、その可能性を論じる余地がなくなってしまうからである。⁽³⁰⁷⁾ このことから、特に②説に対しては、故意犯の場合に限定責任能力を認める余地がなくなるとの疑念が生じ、それ以外の説に対しても、限定弁識能力に基づく心神耗弱を認めることが困難となる。既述の通り、重度の統合失調症患者であっても違法性の認識が完全に失われることが稀との指摘を考慮すれば、不当な帰結に至らざるを得ないだろう。

加えて、わが国においては、違法性の錯誤に対しては刑の任意的減軽が認められるに過ぎないのに対し、限定責任能力の場合には能力の低減が著しい場合に必要的減軽が認められる。平行理解を念頭に、両者の違いを原因の差異に過ぎないとする見解からは、生物学的原因の場合にのみ「著しい」という要件を加え、必要的減軽という形で法律効果に差異を設ける根拠は定か

⁽³⁰⁸⁾
ない。

上記の難点から、責任要素説の立場を貫徹し、弁識能力と違法性の意識の可能性の原理的一致を認める立場には理論的側面から疑問が残る。

この問題領域については、わが国では従来あまり論じられてこなかったように思われるが、禁止の錯誤と限定責任能力がともに刑の任意的減軽とされ、後者のみに「著しい」要件を課すドイツにおいては、この整合性をいかに図るかは重要な問題であり、議論の蓄積もみられるようである。よって、以下では、ドイツにおける禁止の錯誤と弁識能力の関係についての議論状況を概観し、この問題を解決するための示唆を得ることを目指す。

第2款 ドイツにおける議論状況⁽³⁰⁹⁾

まず、前提として、1975年より妥当しているドイツ刑法典は、その17条において責任説の採用を明示する。⁽³¹⁰⁾そして、責任無能力を規定する20条は、「行為遂行時に、病的な精神障害、根深い意識障害、または精神遅滞もしくはその他の重大な精神的偏倚のため、行為の不法を認識し、またはその認識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」とし、限定責任能力を規定する21条は、「行為の不法を認識し、またはその認識に従って行為する行為者の能力が、第20条に掲げられた理由の一により、行為遂行時に著しく減少していたときは、刑は、第49条第1項により、減軽することができる」と定める。責任能力規定については、生物学的要素が明文で列挙されている点や限定責任能力の場合に刑の任意的減軽となっていることなど、わが国の規定と若干の差異はあるものの、混合的方法を前提とし、心理学的要素内部の弁識能力が不法の認識を問題にすると解されており、⁽³¹¹⁾責任能力に関するわが国の通説的理解と軌を同じくするものと評しうる。

違法性の意識の可能性と弁識能力の関係について言えば、かつての伝統的な見解は両者を分けて考えていたものの、⁽³¹²⁾現在の通説は、20条で要求される弁識能力が回避不可能な禁止の錯誤の下位事例に過ぎないとの立場を採用し

⁽³¹³⁾ ている。すなわち、弁識能力欠如による責任無能力は、回避不可能な禁止の錯誤の特別な適用事例であり、違法性の意識を欠くに至った原因の相違は、責任阻却という法的効果に相違をもたらさないとするので⁽³¹⁴⁾ある。このような立場から、例えばアルミン・カウフマン（Armin Kaufmann）は、「規範に従った動機づけの能力が、責任非難の決定的な構成メルクマール」であることから、個々の非難可能性の要件は、義務の認識可能性とそれに従って意思を形成する能力という両要素に統合され、刑法51条1項（現行刑法20条）と禁止の錯誤は同一の要件に解消されると主張する⁽³¹⁵⁾。

そして、以上の理解によれば、弁識無能力の場合には、すでに17条により責任が阻却されていることから20条に独自の意義は認められず、関連する所見が弁識能力の検討を促すことによる証拠法上の意味ないし、保安監置の要件としての意味を有するに過ぎないこと⁽³¹⁶⁾になる。ドイツにおいては、弁識無能力に関しては實際上、「精神の障害」要件による限定は機能しておらず、心理学的方法を採用したのと同様の帰結に至っている⁽³¹⁷⁾⁽³¹⁸⁾⁽³¹⁹⁾のである。

もっとも、こうした統一理解は、限定責任能力の場合に深刻な問題を生じさせる。すなわち、回避可能な禁止の錯誤について定める17条2文が「錯誤が回避しえたとき」と規定する一方、21条が弁識能力の「著しい減少」を要求していることから、任意的減軽という法的効果において同一であるはずの両規定において、後者のみに「著しさ」を要求するのは矛盾なのではないかとの問題が生じるのである⁽³²⁰⁾。この問題を解決するために、①行為者に有利な17条を優先的に適用する見解⁽³²¹⁾、②21条の「著しい」という要件を17条においても読み込む見解⁽³²²⁾、③21条を刑の必要的減軽事由とする見解が提示されている⁽³²³⁾。

このようにして、21条の「著しい」要件をめぐる問題が解決されることにより、限定責任能力の場面においても、弁識能力に関して精神障害に基づく能力の低下が有する意味は完全に失われ、禁止の錯誤論に解消されてしまっている⁽³²⁴⁾のである。

第3款 検討—あるべき弁識能力要件をめぐって

第1項 弁識能力要件の意味内容について

ドイツでは、「責任能力を責任要素と解し、心理学的要素を強調した姿」⁽³²⁵⁾が見て取れる。これに対してわが国では、限定責任能力が必要的減輕であるのに対し、違法性の錯誤の場合には任意的減輕に留まるという事情から、弁識能力と違法性の意識の可能性を原理的に同一視するとしても、ドイツにおけるような深刻な問題は生じない。

このことから、わが国における責任要素説には、限定責任能力の場合に違法性の意識の不存在を前提とすべきか否かは、もっぱら39条2項の解釈論として展開されるべきと主張するものがある。⁽³²⁶⁾すなわち、①わが国の裁判実務を前提とすれば、認識無能力の場合には刑法39条がなければ行為者に責任阻却を認めることができず、②違法性の意識の可能性が存在した場合であっても、限定認識能力と回避可能な禁止の錯誤の不均衡が存在しないことから、39条2項の弁識能力に関する部分の適用を、違法性の錯誤の取扱いに合わせて緩和する必然性がないとするのである。⁽³²⁷⁾

この問題について、わが国の伝統的見解は、責任前提説のみならず、責任要素説の立場からも、「責任能力においては生物学的要素が問題となり、行為者人格とかかわる人格的能力としての特質を有する」⁽³²⁸⁾ことを前提としているように見受けられる。すなわち、責任要素説から生物学的要素を「原理的に不要」としつつも、実際に心理学的要素一元論の採用に至っていないのは、責任能力が責任要素であるとしても、他の責任要素とは性質が異なることの証左であるとの指摘がなされてきた。⁽³²⁹⁾

これに対して近時の責任要素説の論者は、当該具体的事案において最終的に重要となるのは、当該行為の違法性を認識しえたかどうかだけであるから、およそ一般に違法性を認識する能力の有無は責任非難にとって意味がなく、⁽³³⁰⁾「過剰であり、必要なものとも思われぬ」⁽³³¹⁾と批判を加える。

しかしながら、この立場は、個別行為責任の強調と(弁識能力と違法性の

意識の可能性を原理的に同一視する）責任要素説の採用を一連のものとする点で、誤謬を犯しているように思われる。確かに、先の伝統的思考方法において責任能力が「人格的能力」ないし「一般的能力」であると強調され、その帰結として個別具体的行為から離れた一般的能力を問題とすることは妥当でない。この意味で、すでに述べたように、（従来の意味における）責任前提説は修正されなければならない。しかし、このことを認めるとしても、弁識能力要件においては、当の行為について「行為時における行為者能力」が問題とされるのに対し、違法性の意識の可能性では、この能力が備わっていることを前提に、当の行為の「違法性を認識することができたか（可能性）」が問題とされるのであり、弁識能力と違法性の意識の可能性を同一視することは妥当でないように思われる。⁽³³²⁾

アメリカの議論からも明らかとなったように、責任能力の判断場面においては、形式的な意味における違法性の認識が認められたとしても、弁識無能力や限定弁識能力と解する余地が存するのではないだろうか。⁽³³³⁾ この問題について、平野龍一による以下の指摘は示唆に富むように思われる。

「同じく違法の意識の可能性がないという場合でも、違法かどうかまったく判断できない精神状態と、違法でないと判断して行なう心理状態との間にはちがいがあり、違法だと知ってもまったく反対動機の生じないような精神状態と、反対動機に苦しみながらも、これをおしきらざるをえなかった心理状態との間にはちがいがあ⁽³³⁴⁾る。」

ある者の弁識能力が認められるためには、違法性の認識を生事実レベルで有しうるのみでは足りず、それを反対動機形成の契機として用いることが求められる。換言すれば、違法性についての単なる事実に認識ではなく、自己の行為の違法性を認識することで通常人ならば持ちうるであろう〈インパクト〉を受けることができる者だと第三者が評価できるかが問題となるので

⁽³³⁵⁾
ある。

この点、従来の見解においても、「[弁識・制御能力の]『欠如』』といっても、厳密に言えば、これがまったく欠けている状態というものが果たしてあるのかどうかは疑問であり、少なくとも、ないに等しいような状態は、むしろ心神喪失とすべきである⁽³³⁶⁾」と指摘されてきた⁽³³⁷⁾。この指摘には正しい側面が含まれるものの、マクノートン基準における「認識(know)」から「弁識(appreciate)」への文言修正が真の問題解決とならなかったことから明らかなように、弁識能力の上記実質化は、量的なものではなく、質的なものとして実現される必要がある。

行為の「是非」ではなく「違法性」に関するものとして弁識能力を位置づけるとしても、精神障害によって通常と異なる価値体系を有する者の、いわば「生の事実レベル」における「違法性の認識」を捉えて、その者の弁識能力を肯定することは妥当でない⁽³³⁸⁾。事実的意味における違法性の認識を有していたとしても、反対動機形成の契機として用いる能力を有しない(と第三者が評しうる)場合には、弁識能力の判断段階において直接に責任無能力・限定責任能力とされるべきである。責任能力の判断場面で問題とされるべき実体は、弁識内容それ自体ではなく弁識プロセスの異常性なのであって、体系的整合性を重視して問題を制御能力のカテゴリーへと先送りすべきではない⁽³³⁹⁾。

上記の思考方法を支持する実際的な理由としては、次項で取り上げるように、制御能力判断の困難性が挙げられる。行為時における具体的行為者の他行為可能性の有無は原理的に証明不可能であり、制御能力の判断場面ではこの問題がストレートに妥当する。「(実際に出てしまった)行為を思いとどまることができたか」の判断と、「精神障害が行為者の認識内容に働きかけた機序」の判断では、前者がより困難なことは想像に難くない。このように、責任能力の実際の判断過程を見据えた上でも、制御能力の段階へ問題を先送りし、このカテゴリーに過剰な負担を強いるべきではないだろう。

以下では、上記「⁽³⁴⁰⁾実質的弁識能力」——弁識プロセスの異常性に着目し、自己の認識内容を反対動機形成の契機として用いられるかを認知要件内部で考慮する思考方法——の展開によってその守備範囲が縮小されることが予想される、制御能力要件の検討へ移る。そこで中核的な問題となるのは、上述のように解した上で、なお制御能力を別個の実体要件として維持すべきか否か、である。

第2項 制御能力要件の認定論的困難性

制御能力要件に向けられる第一の批判としては、既述のように、制御できなかったことと単に制御しなかったことの区別の困難性が挙げられる。シュナイダーが言うように、現実には作用した制御能力の判断は精神医学には及び得ない問題であり、⁽³⁴¹⁾少なくとも裁判上は認定でき⁽³⁴²⁾ない。

こうした実情を反映し、実際の裁判において制御能力は必ずしも重視されてこなかった。すなわち、制御能力は定義として掲げられていたとしても、実際には活用されておらず、その適用が躊躇されてきたと指摘されるのである。例えば、弁識能力に比して制御能力の判定が困難であることを念頭に、「判断の客観性を保持しようとするならば、認識能力の方を重視すべきであり」、この意味で判例の態度を肯定する⁽³⁴³⁾見解や、全ての犯罪者が「してはならないこと」と知りつつ制御力を失ったゆえに規範を犯したのであり、この原理の適用に消極的な現状を追認する⁽³⁴⁴⁾立場、さらに、制御能力要件が判断基準としてではなく、判断結果の表現として、心神喪失や心神耗弱と同義反復的に用いられているに過ぎないとの指摘がなされるに至っている⁽³⁴⁵⁾。

第3項 制御能力要件不要論について

こうした指摘を受け、わが国の刑法学説においても、制御能力を責任能力の判断要素として不要とする立場が存在する⁽³⁴⁶⁾。例えば、墨谷葵は、制御能力の判断が困難であり、制御能力欠如による責任無能力を認めると最も危険な

精神病質の犯罪者を無罪とせざるを得なくなって刑事政策的に耐えがたい事態が生じることから、責任能力の基準として制御能力を考慮すべきでない」と主張する。

他方で、墨谷は、連邦の責任無能力基準を念頭に、「弁別能力（識別能力）のみを責任能力の基準としているが、それは、単なる表面的な認識を超えた広い意味の理解を内容とする『識別する、ないし評価する（appreciate）』能力、つまり人間行動の意味を認知し理解する能力に関する精神的・情意的機能のあらゆる面を考慮しうる能力と解し⁽³⁴⁷⁾」ていると評価し、制御能力要件が排除されたとしても実質的に解された弁識能力要件の枠内で一定の解決が図られることを示唆していた。

しかしながら、墨谷の主張の前半部分に対しては、生の刑事政策的考慮を正面から導入する点で、責任主義に反するとの批判が妥当するだろう⁽³⁴⁸⁾。APA や Bonnie の見解に向けられた批判の中で示されたように、どのような責任論を採用するとしても、実際に行為を思いとどまる能力がなかった者に対して責任非難を加えることはできないからである。従来の議論枠組みを前提とした場合には、「責任を非難可能性と解する以上、他行為可能性の問題はその判断に際して回避しえないものである上、責任の本質と認定の問題は全く同次元の問題ではない⁽³⁴⁹⁾」のである。

また、主張の後半部分に対しては、既述のように、認知能力要件の程度に関して「認識」から「弁識」へと量的な修正を加えたところで、問題の核心を除去できないとの批判が想起できる。墨谷のように認知能力要件を「精神的・情意的機能のあらゆる面を考慮しうる能力」として解した場合には、精神病質者に対して弁識能力の存在を認めうるかは疑問であり、刑事政策的考慮から制御能力要件を排除した当初の目的に反する帰結ともなるだろう⁽³⁵⁰⁾。

既述の通り、伝統的な責任論に従い、責任の本質たる非難可能性を「行為者が現実には行ってしまった違法行為を避ける（思いとどまる）ことが可能であったこと」（他行為可能性）に求める立場からは、責任能力の要件とし

て制御能力は最も重要なものとして位置づけられるように思われる。⁽³⁵¹⁾

しかしながら、本稿の立場からは、他行為可能性原理は責任判断において意義を有さない。すなわち、刑事責任論の領域にあっても、「他行為系列の存否ではなく、行為が現実にとどのように実行されたか」を直接に問題とすべきであり、その際には、行為者の認識過程を前提とした場合に行為の理由を理解していたと評しうるか、という観点に着目する。こうした理解は、責任能力判断における問題の実体が、（違法性の意識の可能性と重なり合うような）事実的意味における違法性の認識可能性ではないという事実と親和性を有している。「神の命令事例」からも明らかのように、精神障害によって価値体系が歪められている場合には、「自己の行為の意味を認識して」という観点からは、そもそも正常な弁識能力があったと認めることはできない。⁽³⁵²⁾

制御能力要件の精緻化を図る安田は、司法実務が「制御能力の適用を躊躇する理由の一つとして、制御能力概念の不明確さ」⁽³⁵³⁾を指摘しながら、「制御能力の本質と構造を明らかにし、それにより実務における使用に耐えうるような実践的な判断方法を提示」⁽³⁵⁴⁾しようと試みる。しかし、他行為可能性を基軸とした責任本質論を背景に、制御能力要件を重視する旧来的枠組みを前提とした時点で、その試みは達成困難なものと評さざるを得ない。こうした判断枠組みが実務において消極的に用いられてきたのは、むしろ致し方が無いのであり、本稿は、制御能力を実体要件としても不要とする立場を採用するに至るのである。

「行為の不法を認識し、またはその認識に従って行為する能力がない者」として心理学的要素が明文により列挙されるドイツ刑法典とは異なり、わが国において制御能力を責任能力判断において不可欠な要件だと解する必然性は存しない。本稿の主張の核心は、より正確には、責任能力論において、弁識能力と制御能力を区別することには理論的・実践的な意義や根拠がないことを明らかにすることにある。

確かに、他行為可能性を軸とした責任本質論から導出される責任能力論に

においては、必然的に制御能力へと重点が置かれることになるから、これを弁識能力要件へと解消することにはなお躊躇を覚えるかもしれない。⁽³⁵⁵⁾しかしながら、本稿第3章で示した通り、筆者が前提とする理由能力を軸とした責任判断枠組みの下では、行為者の弁識内容それ自体ではなく、むしろ弁識プロセスに着目し、このプロセスが標準からいかに乖離していたかについての間主観的評価がなされることになる。⁽³⁵⁶⁾この理論のもとで展開される刑事責任能力論においては、行為者の心理過程を出発点とし、自己の行為の刑法違反性が提示された場合に、通常人ならば抱くであろう〈インパクト〉を受けることができ⁽³⁵⁷⁾る者だと第三者が評価できるかが問題とされ、弁識能力の意味内容が質的な意味で豊富化される。こうした責任本質論から析出される責任能力論内部の心理学的要素においては、弁識・制御という二分法はもはや妥当しないのである。

上記の理解によれば、弁識・制御能力の重なり合い問題は原理的に解決される。この問題に対しては従来、①制御能力判断の困難性や、②弁識能力の枠内で制御能力の問題の大部分が解決可能とする、認定論レベルの指摘がなされてきた。しかしながら、アメリカにおける合理性説や、わが国における精神医学者・法曹実務家の一部に見られる主張からも明らかなように、この文脈において、制御能力の判断困難性といった認定論レベルの問題は本質を捉えていない。本稿の立場からは、制御能力要件廃止論についても、「制御能力の判断困難性ゆえに同要件は不要」のではなく、「弁識能力と制御能力はその本質において重なり合う」がゆえに、実体論レベルにおいて、実質化された弁識能力要件へと一元化されるのである。

刑事責任能力論において、弁識能力と制御能力を区別することには理論的・実践的な意義や根拠がなく、弁識プロセスに着目することでその意味内容が豊富化された実質的弁識能力に一元化される、というのが本稿の結論⁽³⁵⁸⁾である。

おわりに

本稿では、平成19年度司法研究による提言を契機とし、刑事責任能力論について、責任の本質に立ち返った分析を試みた。

具体的には、裁判員制度の導入を契機として顕在化した、弁識・制御能力の重なり合い問題に着目し、両要件の枠内で論じられるべき問題の実体を明らかにするために、アメリカの議論状況に検討を加えた。現地の議論の到達点は、以下のように概括できる。

まず、制御能力要件に関しては、わが国で従来紹介されてきたような、認定論的困難性や刑事政策的考慮に基づく同要件廃止論は影をひそめ、実体論的な次元における批判が優勢である。他方で、弁識能力要件について言えば、認識の程度・対象をめぐる従来の議論は、免責されるべき者とそれ以外の者を区別する有効な基準を提示できず、心神喪失の判断場面で問題とされる内実を正確に捕捉できないとして、その限界が認識されつつある。これを受けて、近時有力な見解は、正常人と共通の尺度によって責任能力基準を定立することの限界を指摘し、「合理性の欠如」という視角から両要件を統一的に把握しようと試みている。

本稿では、上記の知見をわが国の責任能力論へ応用するため、他行為可能性原理をめぐる（法）哲学領域の議論に検討を加え、この種の議論が刑事責任論に与える影響を明らかにした。この過程では、他行為可能性原理に疑問を呈し、むしろ実際に行われた行為の理由に着目すべきと主張する、法学者の瀧川裕英によるアプローチを概観し、瀧川による〈理由への問いと応答〉という責任判断の図式を刑事責任論へ応用する可能性を見出したのであった。

この新しい枠組みが実践に耐えることを提示するため、わが国の刑法学において両立可能論を前提にしながらも他行為可能性原理を承認する、平野龍一と所一彦の見解を概観した。他行為可能性原理は、実際の判断場面を見据

えた場合には必然的に修正を要し、結局は上述の〈理由への問いと応答〉の枠組みに近しいものとなることから、刑事責任論の領域にあっても、他行為可能性原理を維持する必然性は存しないとの帰結に至った。

わが国における弁識・制御能力要件の検討に際しては、責任能力の体系的地位をめぐる議論を概観した上で、ドイツの議論を参考に弁識能力要件の分析を試みた。この過程を通じて、責任能力と他の責任要素の平行理解の限界を指摘し、従来の学説における問題性が、個別行為責任の強調と上記平行理解を一連のものと捉えてきたことに起因することを明らかにした。

違法性の意識の可能性と弁識能力は、個別具体的な行為について問題となる点で共通するものの、後者については当の行為について「行為時における行為者能力」が問題とされるのに対し、違法性の意識の可能性では、この能力が備わっていることを前提に、当の行為の「違法性を認識することができたか(可能性)」が問題とされるのであって、両者を原的に同一と見なすことはできない。

刑事責任の文脈における弁識能力要件で問題とされるべきは、行為の違法性に関する能力であるものの、精神障害によって通常と異なる価値体系を有する者の、いわば「生の事実レベル」における「違法性の認識」を捉えて、その者の弁識能力を肯定することは妥当でない。事実的意味における違法性の認識を有していたとしても、反対動機形成の契機として用いる能力を有すると第三者が評価できない場合には行為の意味を理解しているとは評しがたく、弁識能力の判断段階において直接に責任無能力・限定責任能力とされるべきである。

この点、上記〈理由への問いと応答〉という図式の下では、行為者の心理過程を出発点に、刑法規範が提示する行為理由を理解し、その理由に基づいて自らの行為の妥当性について推論して行為を決定し、その決定に従って行為する能力が問題となる。

こうした責任本質論から導出される責任能力要件内部の弁識能力で問題と

されるべきは、行為者の弁識内容の正否それ自体ではなく、弁識プロセスの標準からの乖離なのであり、こうした理解に基づく実質的弁識能力の枠組みにおいて、従来の意味における弁識・制御能力要件は統一的視点から再構成されることを明らかにした。

本稿では、責任能力基準のうち、弁識・制御能力要件に焦点をあてた。なお、弁識・制御能力の内実について従来とは異なる上記の理解を前提とした場合には、責任能力基準のもう一つの肢である「精神の障害」要件についても、新たな角度からの分析が求められるように思われる。この検討については他日を期したい。

〔完〕

(203) 例えば、合理性アプローチの立場から Sendor は、「合理性 [要件] は、それ単独ではなく、むしろ他者が解釈することのできる行為に出るための一条件として重要性を発揮する。精神障害に罹患した者が非合理的な行為を通じて保護法益を侵害した場合には、これらの法益への軽視を示すものとして当該行為を解釈できないという理由から、その者を免責する」と指摘する。Sendor, *Crime as Communication: An Interpretive Theory of the Insanity Defense and the Mental Elements of Crime*, 74 GEO. L. J. 1371, 1986, at 1415.

(204) 大山弘「責任の本質と機能」中義勝先生古稀祝賀『刑法理論の探求』（成文堂、1992年）122頁参照。

(205) 平野龍一『刑法の基礎』（東京大学出版会、1966年）80頁参照。

(206) 井田・前掲注41・221頁以下参照。

(207) 松原芳博『刑法総論』（日本評論社、2013年）198頁。

(208) 例えば、井田・前掲注26・358頁以下、高橋則夫『刑法総論（第2版）』（成文堂、2013年）334頁参照。

(209) 井田・前掲注26・358頁。

(210) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）318頁以下参照。

(211) 平野・前掲注205・19頁参照。

(212) 佐伯・前掲注9・32頁参照。

(213) 井田・前掲注41・224頁参照。

- (214) 町野朔「心神喪失・心神耗弱における心理学的要素」岩井宜子先生古稀祝賀『刑法・刑事政策と福祉』(尚学社、2011年)6頁。
- (215) 例えば、安田・前掲注4・5頁、内藤謙『刑法講義総論(下)I』(有斐閣、1991年)783頁参照。
- (216) 例えば、「強制されていない自由」については、イギリスの哲学者I・パーリンによる「積極的自由(positive liberty)」と「消極的自由(negative liberty)」の対比を想起させる。パーリンは、積極的自由(～への自由=free to～)は民主主義を肯定する一方で、多数者が専制的となり消極的自由(～からの自由=free from～)を侵害する恐れがあることから、消極的自由を中心に保障すべきだと主張する(I. BERLIN, FOUR ESSAYS ON LIBERTY, 1969, chap. 3)。
- (217) 佐伯・前掲注210・320頁参照。
- (218) 佐伯・前掲注9・31頁。
- (219) 他行為可能性と責任の関係について論じたものとして、成田和信『責任と自由』(勁草書房、2004年)特に64頁以下、瀧川裕英「他行為可能性は責任の必要条件ではない」大阪市立大学法学雑誌55巻1号(2008年)31頁以下。
- (220) 碧海純一『新版 法哲学概論[全訂第2版補正版]』(弘文堂、2000年)176頁参照。
- (221) 例えば、刑法学が「作業仮説」として看過できないような脳神経生理学分野の議論進展に対しては、責任刑法の危機という形で刑法学者からの注目を集め、数多くの反駁がなされた。意思自由に関する実証的脳研究の端緒として知られる、リベット(Benjamin Libet)による実験の概略については、ベンジャミン・リベット(下條信輔訳)『マインド・タイム—脳と意識の時間』(岩波書店、2005年)特に41頁以下参照。リベットの実験内容およびこれが認知哲学分野の議論に与えた影響については、山口裕之『認知哲学—心と脳のエピステモロジー』(新曜社、2009年)249頁以下参照。刑法学の立場から、脳神経生理学における議論展開と刑事責任の関係を論じたものとして、増田豊『規範論による責任刑法の再構築』(勁草書房、2009年)特に448頁以下、神田宏「脳科学・意思自由・刑法学—現代によみがえる意思自由論争?」近畿大学法学55巻4号(2008年)37頁以下、島田美小妃「自由意思論と神経科学—脳についての神経生物学的知見を契機として」中央大学大学院研究年報法学研究科篇38号(2009年)225頁以下、松村格「意思の自由と刑事責任(2)—ニューロン決定論との批判的対話」駒沢法学11巻4号(2012年)144頁以下、ヴォルフガング・フリッシュ(岡上雅美訳)「責任刑法の将来について—刑法と神経科学」刑法雑誌52巻2号(2012年)130頁など。

- (222) 碧海・前掲注220・195頁。
- (223) Frankfurt, Alternate Possibilities and Moral Responsibility, 66 J. PHIL. 823, 1969. [邦訳として、H・フランクファート（三ツ野陽介訳）「選択可能性と道徳的責任」門脇俊介＝野矢茂樹編『自由と行為の哲学』（春秋社、2010年）81頁以下。]
- (224) *Id.* at 834. [訳書89頁以下。] 事例を殺人の場合に改変して引用した。
- (225) *Id.* at 837. [訳書94頁以下。]
- (226) 代表的な論者として、Inwagen, Ability and Responsibility, 87 PHIL. REV. 201, 1978. フランクファート以降の改良型の事例については、成田・前掲注219・特に102頁以降参照。なお、高橋則夫＝杉本一敏「アリス (alis) とアリック (alic)」法学セミナー694号（2012年）120頁 [杉本一敏] は、原因において自由な行為の問題を解決するに際し、責任モデルの立場から、フランクファート説を「行為者の意思決定の際に実際に効果を発揮しなかった不自由（責任阻却事由）は、免責を導かない」思考方法として援用する。
- (227) 瀧川・前掲注219・34頁以下参照。
- (228) 瀧川・前掲注219・45頁。
- (229) 瀧川・前掲注219・48頁。
- (230) 瀧川・前掲注219・48頁。
- (231) 瀧川裕英『責任の意味と制度』（勁草書房、2003年）79頁以下参照。「理由への問いと応答」という図式に対しては、「すでになされた行為を回顧することによって意図や信念を輪郭づけるというのは、後づけでそうした『理由』を擬制しているに過ぎないのではないのか」という疑念が想起される。この点につき瀧川は、理由過程とは、実際には行為に時間的に先立つ行為の原因ではなく、むしろ時間の中に位置をもたないと説明する（前掲104頁参照）。こうした理由過程の無時間性につき、古田徹也『それは私がしたことなのか』（新曜社、2013年）105頁以下参照。なお、「理由への問いと応答」という図式に着目して行為を把握しようとする潮流は、20世紀後半の行為論の主流をなしている。例えば、G. E. M. アンスコム（菅豊彦訳）『インテンション』（産業図書、1984年）17頁は、「意志行為とは、ある意味で用いられる『何故？』という問が受け入れられるような行為」だと位置づけ、D. デイヴィッドソン（服部祐幸・柴田正良訳）『行為と出来事』（勁草書房、1990年）2頁は、「理由が行為を合理化するのは、行為者が自分の行為のなかに認めた何か、あるいは認めたと思った何かがある理由によってわれわれに分かるようになる場合に限られる」と指摘する。加えて、前章第2節第3款で検討した Morse や

Schopp の見解においては、この種の理由応答性に類似した説明を援用していると思しき箇所が存在する。E.g., Morse, *supra* note 177, at 451; SCHOPP, *supra* note, 135, at 201.

(232) 瀧川・前掲注231・108頁。この理由概念は、犯罪の「動機」よりも広いものであるように思われる。一般に、人が責任を問おうとするとき、「どうしてこんなことをしたんだ」と行為に出た理由を問いかけ、この理由が周囲から見て納得できるものであれば、責任を追究することを断念する。ここで行為の理由を犯罪の「動機」として理解すると、狭隘な概念として誤解を招く可能性を排除できない。例えば、「精神障害による幻聴から、被害者に対する憤激の念を抱いて殺害した」という事例において、「憤激の念を抱いたから殺した」という直接の動機のみを取り上げた場合、「憤激の念からの殺害」は一般人からも了解可能となり、責任を問いうることになるが、妥当ではないだろう。

(233) J. FISCHER & M. RAVIZZA, RESPONSIBILITY AND CONTROL: A THEORY OF MORAL RESPONSIBILITY, 1998.

(234) なお、成田・前掲注219・159頁以下も、瀧川と同様に「価値判断に応じて意志を生み出す能力が『責任に必要なコントロール』を解明する鍵になる」との考え方を採用する。成田はこうした能力を「合理的〈実践〉能力」と定義つけた上で、M・スミス(Michael Smith)の「傾向性(disposition)アプローチ」に示唆を得て、この能力を『『ある行為を行うべきだ』という合理的判断をくぐれば、「その行為を行おう」という意志が生ずる』という形の条件文であらわされるようなディスポジションである」と把握する(前掲193頁以下)。本稿においてこれらの見解の優劣を検討する余裕はないが、成田説に対する批判として、瀧川・前掲注219・51頁以下参照。

(235) 瀧川・前掲注231・109頁。

(236) FISCHER & RAVIZZA, *supra* note 233, at 41.

(237) 瀧川・前掲注231・109頁。

(238) FISCHER & RAVIZZA, *supra* note 233, at 63.

(239) 瀧川・前掲注231・110頁参照。

(240) FISCHER & RAVIZZA, *supra* note 233, at 45.

(241) 瀧川・前掲注231・110頁。

(242) 瀧川・前掲注231・110頁。

(243) 瀧川・前掲注231・111頁参照。

- (244) FISCHER & RAVIZZA, *supra* note 233, at 70-72.
- (245) 瀧川・前掲注219・53頁参照。ここで言う「別様に行為する理由」とは、従来の他行為可能性論と異なるものであることに注意が必要である。従来の他行為可能性論においては、具体的行為者が現実に行為の可能性を有することが要求されるが、決定論的な世界観を前提とする場合には、全ては一義的に決定されており、「現実の他行為」は原理上観念できない。瀧川などの見解は、あくまで、「可能的に」ないし「可能世界の中で」、行為者が「その具体的行為の意味を理解しているのか、仮に、他の行為に出る理由を提示された場合に、その行為に出ることはありうるのか」という説明を試みる（いわば「思考実験」を事後的に行うのである）。この意味で、他行為可能性論の中でも、平均人の他行為可能性を代入する立場（一般抽象的他行為可能性論）とは、近い帰結に至るように思われるが、「他の行為の可能性」に着目する見解が、責任能力論内部で制御能力要件を重視することになる一方、「現実の認識内容」に他者の視点を導入する理由能力論は、責任能力論内部で弁識能力要件を重視することになる点で、両者は原理的に異なるものと考えられる。
- (246) 瀧川・前掲注219・53頁。
- (247) 瀧川・前掲注231・112頁。小坂井敏晶『責任という建構』（東京大学出版会、2008年）は、「責任」概念を人類学的・社会心理学的に検討した上で、「責任」は因果律に基づかない社会的建構との視点から、自由意思主体を前提とする従来の責任論に批判を加える。小坂井は言う。「近代的道徳観や刑法理念においては、自由意志の下になされた行為だから、それに対して責任を負うと考えられているが、この出発点にすでに大きな誤りがある。実は自由と責任の関係に関して論理が逆立ちしている。自由だから責任が発生するのではない。逆に我々は責任者を見つけなければならぬから、つまり事件のけじめをつける必要があるから行為者を自由だと社会が宣言するのである」、「[自由とは] 論理的に要請される社会的建構に他ならない」（前掲156頁以下）。
- (248) Widerker, Blameworthiness and Frankfurt's Argument Against the Principle of Alternative Possibility, *in* MORAL RESPONSIBILITY AND ALTERNATIVE POSSIBILITIES, 2006, at 60 (D. Widerker & M. Mckenna ed.).
- (249) 瀧川・前掲注231・50頁参照。
- (250) 瀧川・前掲注231・51頁参照。
- (251) 刑事法分野において、瀧川説に基づく責任論を展開する見解として、内山安夫

「刑罰と責任—刑罰の正当化根拠と刑事責任に関する理論的分析のための覚書」福田雅章先生古稀祝賀『刑事法における人権の諸相』（成文堂、2010年）419頁以下。内山は、瀧川の提唱する応答責任の概念を、「社会の責任」として刑事責任論へ導入し、刑罰の正当化根拠を探ろうと試みる。しかしながら、本稿はこの点につき、なお結論を留保する。すなわち、瀧川は、「責任実践において非難はどのようにして根拠づけられるか」という問題と「その責任実践を法的に保障しようとするとき、責任非難に相応する負担として、害悪たる刑罰が必要であるのか、必要であればどのような刑罰が正当化できるのか」という問題を分けた上で分析を加え、後者については「応答責任論」という独自の責任論を提示する。内山がこの両軸につき賛同を示しているのに対し、本稿が援用するのは、主として前者の部分（理由能力論）のみである点に留意されたい。

(252) 浅田和茂「責任論（特集・刑法典の百年）」ジュリスト1348号（2008年）35頁参照。

(253) 瀧川・前掲注231・40頁以下参照。

(254) 安田拓人「他行為可能性と責任」法学教室371号（2011年）18頁は、「何かをなしたことに対する非難は、その何かをしないで済んだこと、すなわち他行為可能性を前提」とし、待ち合わせの相手が遅れてやってきた場合に、電車の運行障害で車内に閉じ込められていたとしたら相手を非難できない一方で、好きな俳優が出ている映画を夜通し見たことで寝過ごしてしまったとしたら「録画して後で観ればよい」という他行為可能性を基にその相手を非難できるとする。しかし、電車の運行障害の場合であっても、例えば遅延が日常的に発生しており、また、待ち合わせの約束が重要な商談だとしたら、「もっと早い時間の電車に乗ることもできた」と相手に期待でき、それゆえに相手を非難できるのではないだろうか。このことから明らかなように、責任非難で問題となるのは、他行為の可能性の有無ではなく、それ以外の仕方で行為することを期待することが合理的かどうか（期待可能性の有無）なのである。

(255) 井田・前掲注41・219頁参照。

(256) 曾根威彦「刑法における責任と予防」奥島孝康ほか編『法学の根底にあるもの』（有斐閣、1997年）388頁参照。

(257) 平野龍一が定義するところの「刑罰適応性」も、この意味で理解できる。平野龍一「責任能力—刑法の基礎⑨」法学セミナー138号（1967年）20頁。なお、瀧川によれば、理由能力は、①理由を理解しそれを適用する能力（理由過程能力）と、

- ②そのような理由に照らして行動をコントロールする能力（理由遂行能力）に区分でき、これらが刑法学の責任能力（弁識・制御能力）に相当する（瀧川・前掲注231・108頁、同・前掲注219・54頁参照）。瀧川説において、この区分が分析上のものに留まる（それゆえ、弁識能力と制御能力の不可分性を前提とする）か否かは明らかでない。
- (258) 規範的責任論の主張に対しては、その成立以降、多くの批判が提起されている（古くは、*Karl Engisch*, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 2. Aufl., 1964, S. 22ff. [カール・エンギッシュ（荘子邦雄・小橋安吉訳）『刑法における故意・過失の研究』（一粒社、1989年）23頁以下]、渡邊一弘『少年の刑事責任—年齢と刑事責任能力の視点から』（専修大学出版局、2006年）22頁以下参照）。これらの批判を大別すれば、①自由意思を肯定し、応報刑論を基礎とした道義的責任非難という基本的理論構造に対する批判、②「責任とは非難可能性である」という命題が、非難可能という実質的価値判断の要件を明らかにするものではないことへの批判、③規範的責任論が責任非難の契機として援用する他行為可能性概念に対する批判、④相対的意思自由論に基づく責任論に対する批判、に整理できる。
- (259) 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Ⅰ』（日本評論社、1988年）185頁参照。
- (260) 井上大「責任論の展開と刑法における予防目的の考慮（二・完）」専修法学論集48号（1988年）183頁参照。
- (261) わが国において一般抽象的他行為可能性を正面から認める見解としては、伊東研祐「いわゆる責任論の近時の展開動向と犯罪論体系に関する一考察」荘子邦雄先生古稀祝賀『刑事法の思想と理論』（第一法規出版、1991年）特に82頁以下など。
- (262) 以下に示す平野と所の他行為可能性原理の理解について、本庄武「刑罰論からみた量刑基準（2）」一橋法学1巻2号（2002年）115頁以下参照。
- (263) 平野・前掲注205・19頁参照。
- (264) 平野・前掲注205・40頁。
- (265) 平野・前掲注205・24頁。
- (266) 平野・前掲注205・24頁。
- (267) 同様の見解として、林（幹）・前掲注19・38頁。
- (268) 本庄・前掲注262・119頁以下参照。
- (269) 所一彦『刑事政策の基礎理論』（大成出版社、1994年）55頁以下参照。

- (270) 所・前掲注269・79頁。
- (271) 所・前掲注269・80頁。
- (272) 所・前掲注269・76頁参照。
- (273) 所・前掲注269・76頁参照。
- (274) 所・前掲注269・80頁。
- (275) 所・前掲注269・77頁参照。所によれば、抑止刑が実際に用いられるためには「単に処罰によって犯罪を抑止することが可能だというだけでなく、処罰による負担を公平にする配慮が加わらなければならない」(同・80頁)。この具体例として所は、「仮に、ある行為をしない選択がAにとっては『不可能』であり、Bにとっては『可能』ではあるが『困難』であり、Cにとっては『容易』である」状況を想定する。抑止可能性の観点からは、「Aは処罰しても無意味、Cは軽い処罰でよく、Bは重く処罰する必要」があるものの、「Cは大きな犠牲を払うことなく処罰を免れることができるのに、Bは大きな犠牲を払わなければ処罰を免れることができず、不公平」だと指摘する。こうした難点を回避するために所は、抑止可能性判断を他行為可能性判断に置き換える。これによれば、「Bは、Cより他行為可能性が小さい分だけ、Cより軽く処罰される」ことになり、「抑止刑はこの場合、処罰による負担の公平のために、いくらか禁欲しなければならない」とされる。抑止刑が大局的に見て円滑に運用されるためには、こうした平等の配慮がなされなければならない、とするのである。
- (276) 所・前掲注269・83頁。
- (277) このような「規範的責任」と「可罰的責任」の用法は、佐伯千仞『四訂 刑法講義(総論)』(有斐閣、1977年)232頁によるものである。
- (278) もっとも、他行為可能性判断において平均人を代入するといっても、期待可能性の判断基準に関する従来の議論で明らかとされているように、責任判断に際して個別の行為者を出発点とする点で変わりはない。
- (279) 前章第2節第3款第4項で示した、1つ目の検討課題への回答である。
- (280) 瀧川の理由能力論による説明に好意的な刑法学説として、佐伯・前掲注210・320頁。佐伯は、フィクションとして自由意思を要請する見解との対比の中で、「一般人・平均人を基準として行為者の責任を判断するよりも、行為者の『その行為に関わる理由を理解して行為する能力』を精査して行為者の責任を判断する方が、より個人を重んじた判断になる可能性も大きい」とする。
- (281) 瀧川・前掲注231・80頁。

- (282) 哲学者の中島義道は、自由という言葉を「そのとき私の心に現に起こっている事実を説明する言葉ではなく、現在振り返って『どこまで』責任を追及すべきか」という規範に属する」と定義づける。責任判断が常に、過去に生じた出来事に意味を付与する作業であることを指摘する点で興味深い。中島義道『後悔と自責の哲学』（河出書房新社、2009年）32頁参照。なお、平成19年度司法研究で協力研究員を務めた佐伯仁志は、他の解説中で「われわれの常識により合致し、したがって、裁判員にとってより腑に落ちる説明は、意思自由論よりも両立可能論なのかもしれない」と指摘する（佐伯・前掲注9・34頁）。
- (283) 山口ほか・前掲注16・95頁〔井田良〕。
- (284) 大阪刑事実務研究会「責任能力1（1）」判例タイムズ1371号（2012年）84頁。
- (285) 大阪刑事実務研究会・前掲注284・84頁。
- (286) 内藤・前掲注215・798頁参照。
- (287) 箭野章五郎「責任能力と個別行為責任」中央大学大学院研究年報法学研究科篇37号（2008年）167頁以下参照。
- (288) 小野清一郎「責任能力の人間学的解明（三・完）」ジュリスト369号（1967年）98頁以下、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975年）203頁、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（成文堂、2007年）282頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂、2012年）316頁、川端博『刑法総論講義〔第3版〕』（成文堂、2013年）420頁など。
- (289) 団藤・前掲注2・276頁、同「責任能力の本質」日本刑法学会『刑法講座 第3巻』（有斐閣、1963年）36頁以下、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008年）451頁、莊子邦雄『刑法総論〔第3版〕』（青林書院、1996年）308頁以下、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（弘文堂、2008年）146頁以下、内田文昭『改訂 刑法I（総論）』（青林書院、1986年）234頁、同『刑法概要中巻〔犯罪論（2）〕』（青林書院、1999年）231頁以下、福田平『全訂 刑法総論〔第5版〕』（有斐閣、2011年）191頁以下、西原春夫『刑法総論〔改訂準備版（下巻）〕』（成文堂、1993年）452頁、野村稔『刑法総論〔補訂版〕』（成文堂、1998年）282頁、井田・前掲注41・234頁、高橋・前掲注208・339頁、林幹人『刑法総論（第2版）』（東京大学出版会、2008年）320頁、同・前掲注19・43頁以下、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2015年）643頁など。
- (290) 安田・前掲注4・167頁は、責任阻却は、期待可能性によって統一的に理解されるとする。

- (291) 林(幹)・前掲注19・45頁以下参照。
- (292) 平野龍一「刑法 総論Ⅱ」(有斐閣、1975年)289頁参照。
- (293) 団藤・前掲注2・276頁参照。
- (294) 松原久利『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』(成文堂、2006年)93頁参照。
- (295) 平野・前掲注292・289頁参照。なお、過度な了解可能性判断によって生じる問題については、吉岡・前掲注29・40頁以下参照。
- (296) 中山研一『刑法総論』(成文堂、1982年)336頁以下参照。また、平野・前掲注292・289頁は、「現にわが国の判例にはその傾向がないとはいえない」と指摘する。
- (297) 平野・前掲注292・282頁参照。責任能力がなければ責任が阻却されるという意味で、責任能力が責任の要件であることは、いずれの見解においても変わらない。この立場は、従来の理解を最大公約数的に抽出した見解だと評価できる。
- (298) 内藤・前掲注215・800頁参照。
- (299) なお、責任能力が一般的な能力なのか、それとも個々具体的な行為についての能力であるのかを取り上げた近時の論稿として、箭野・前掲注41・178頁以下を挙げる事ができる。箭野は、後者の立場から、わが国において責任能力を一般的な能力として捉える見解を、①厳格故意説の立場からの主張(浅田)、②責任能力が「人格的能力」であることを強調する主張(小野・大谷)、③主体・可能性論(安田)の三者に分けた上で、これらが主張する「一般的な能力」を問題とすることは、特定の構成要件該当違法行為について責任非難が可能か否かの判断にとっては過剰であり、必要でない」と指摘する(前掲182頁参照)。この根拠について箭野は、有責性という属性判断に際しては、ただ具体的な個々の行為についてののみ行えば足り、「他の犯罪行為まで視野に入れる必要はない」(前掲182頁)ことを挙げるが、個別の行為に着目すれば足りるという点に限れば、本稿の立場からも基本的に妥当な指摘であるように思われる。
- (300) 大判昭和6年12月3日刑集10巻682頁。
- (301) 安田・前掲注20・16頁参照。
- (302) 内藤・前掲注215・791頁。内藤は、「是非」という表現が、刑事責任を行為の是非についての倫理的・道義的責任と解する立場と結びつくおそれを強調する。違法性説を採用する見解として、安田・前掲注14・36頁、林(幹)・前掲注19・31頁以下、箭野章五郎「刑事責任能力における『精神の障害』概念」法学新報115巻5=6号(2008年)286頁など。なお、最決昭和29年7月30日刑集8巻7号1231頁は、訴訟能力との区別を指摘する文脈において、弁識能力を「行為の違法性を意識

する」能力とする。もっとも、既述の通り、前掲最判平成20年4月25日は、原判決が違法性の認識を問題としたのに対し、「事物の理非善悪を弁識する能力」を問題とした。

- (303) なお、この認識対象について、①刑法違反性、②可罰的刑法違反性、③全法秩序違反性のいずれを意味するのかという議論が存するようだが（安田・前掲注4・76頁以下参照）、こうした議論に実益があるとは思えない。アメリカの議論からも明らかのように、弁識内容をそれ自体として精緻化することにはさほど意味がなく、「行為者の精神状態が、刑罰という非難によって動機づけるような性質のものであるか」（平野・前掲注257・20頁）の問題として、端的に刑法違反性とすれば足りるだろう。
- (304) こうした問題意識から、責任要素説が支配的地位を有するドイツの学説を検討するものとして、松原・前掲注294・91頁以下。本款における以下の記述は、この文献に依拠している。
- (305) 松原・前掲注294・93頁以下参照。
- (306) なお、生物学的要素の必要性について責任要素説の論者は、①同要件が法的安定性に資することや、②保安処分の契機としての有用性を挙げる（団藤・前掲注289・45頁以下参照）。しかしながら、こうした法的安定性（証拠の明確化）や保安処分とのリンク論から、生物学的要素の必要性を導出できない点について、水留正流「責任能力における『精神の障害』—診断論と症状論をめぐって（2・完）」上智法学論集50巻4号（2007年）196頁以下参照。
- (307) 安田・前掲注4・86頁以下参照。
- (308) 松原・前掲注294・94頁参照。
- (309) ドイツにおける禁止の錯誤論については、阿部純二「西ドイツ新刑法総則における禁止の錯誤」植松博士還暦祝賀『刑法と科学 法律編』（有斐閣、1971年）297頁以下参照。
- (310) ドイツ刑法典17条は、「行為遂行時に、不法を行う認識が行為者に欠けていたとき、行為者がこの錯誤を回避し得なかった場合には、責任なく行為したものである。行為者が錯誤を回避し得たときは、刑は、第49条第1項により、減輕することができる」と定める。法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』（法曹会、2007年）24頁参照。
- (311) Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., § 20 Rn. 29. [邦訳として、クラウス・ロクシン（山中敬一監訳）『ロクシン刑法総論 第1巻 [基

- 礎・犯罪論の構造】【第4版】〔翻訳第2分冊〕(信山社、2009年)390頁以下。]
- (312) *Mezger*, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 8. Aufl., 1957, § 51 Rn. 1; *Hans Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 157.
- (313) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 311), S. 222. [ロクシン(山中監訳)・前掲注311・390頁以下]; *Joekes*, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 17 Rn. 84; *Vogel*, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl., 2006, § 17 Rn. 112; *Perron*, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010, § 20 Rn. 4; *Neumann*, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 17 Rn. 97.
- (314) *Eduard Dreher*, Verbotsirrtum und § 51 StGB, GA 1957, S. 98. [紹介として、浅田和茂『刑事責任能力の研究 上巻』(成文堂、1983年)241頁以下。]
- (315) *Armin Kaufmann*, Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, S. 321ff.
- (316) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 311), § 20 Rn. 29.
- (317) *Vogel*, a. a. O. (Anm. 313), § 17 Rn. 112.
- (318) 以上の見解に対し、ドイツにおいて認識能力要件と禁止の錯誤の原理的一致を認めない見解として、*Horst Schröder*, Verbotsirrtum, Zurechnungsfähigkeit, actio libera in causa, GA 1957, S. 297; *Rudolphi*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. 1, 7. Aufl., 2000, § 17 Rn. 15ff, 26ff; *Helmut Frister*, Die Struktur des “voluntativen Schulselements”, 1993, S. 199ff.
- (319) 安田・前掲注4・79頁参照。
- (320) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 311), § 20 Rn. 36.
- (321) *Dreher*, a. a. O. (Anm. 314), S. 99.
- (322) *Günther Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, § 18, Rn. 31.
- (323) *Perron*, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010, § 21 Rn. 6/7.
- (324) 安田・前掲注4・83頁参照。
- (325) 松原・前掲注294・99頁。
- (326) 安田・前掲注4・85頁参照。
- (327) 安田・前掲注4・83頁以下参照。
- (328) 松原・前掲注294・99頁。
- (329) 例えば、大塚・前掲注289・451頁参照。

- (330) 安田・前掲注4・85頁参照。
- (331) 箭野・前掲注41・182頁。
- (332) 小野清一郎「責任能力の人間学的解明（一）」ジュリスト367号（1967年）89頁が、『能力』（Fähigkeit）とは単なる可能性（Möglichkeit）ではない」と指摘するのも、同様の問題意識に根差すものであろう。なお、認識能力と違法性の意識の可能性を区別するフリスターは、認識能力は多様な構造を有する意思を形成する認識的要件が行為者に欠けるか否かという問題であり、行為の法的禁止を認識するという違法性の意識の可能性の要件とは区別されると指摘する。フリスターは、違法性の意識の可能性の問題は専ら17条内部で考慮され、違法性の意識を有する一方で認識能力が否定される場合が観念できると主張する。Frister, a. a. O. (Anm. 318), S. 203ff. [紹介として、松原・前掲注294・97頁。]
- (333) 筆者の立場は、弁識能力と違法性の意識の可能性を異なる平面上に位置づけるものである。「責任能力」という概念は19世紀のヨーロッパ、特にドイツの刑法学によって定立されたものであるが、事実としての責任能力制度はこれより遙かに古いとされる（小野・前掲注332・91頁以下参照）。規範的責任論の展開により、責任能力も期待可能性という統一的原理の下に位置づけられたが、それでもなお、「能力」と「可能性」を同一視することはできない。なお、責任能力論と期待可能性論の関係について、西村克彦「期待可能性と責任能力」岡山大学法経学会雑誌5号（1954年）1頁以下参照。
- (334) 平野・前掲注257・21頁。
- (335) 理由能力論の説明に即して言えば、刑法規範が提示する行為理由を理解し、その理由に基づいて自らの行為の妥当性について推論して行為を決定し、その決定に従って行為する能力が一体として問題となる。
- (336) 大塚ほか編・前掲注1・431頁以下 [島田=馬場]。
- (337) 例えば、林幹人は、「責任能力の弁識能力の対象となるものと、いわゆる違法性の意識の可能性の対象となるものは同じもの」（林（幹）・前掲注19・33頁）としながら、弁識能力が「完全には失われていなくても、『実質的に』失われていれば、心神喪失としなければならない」（同・34頁）とし、浅田和茂『刑事責任能力の研究 下巻』（成文堂、1999年）90頁も、責任能力を「行為が違法であることを認識し、又はその認識に従って行動する実質的能力」と定義づける。
- (338) 責任要素説を採用するドレーヤーも、精神病者でも有しうような、倫理的意味の把握を含まない単なる禁止の認識では足らないとして、不法の認識が認められ

る場合を限定しようとする。Dreher, a. a. O. (Anm. 314), S. 98ff.

- (339) 既述のように、前掲最判平成20年4月25日は、被告人が犯罪であることの認識を有していたとしても、事理の弁識をなし得る能力を、実質を備えたものとして有していたと直ちに評価できないと指摘する。本稿の立場からは、刑事責任の判断に際しては「理非善悪」ではなく「違法性」についての能力が問題とされるべきであって直ちに首肯できないものの、違法性の認識があったとしても、被告人の能力を弁識能力の枠内で考慮すべきとする点で示唆的である。
- (340) なお、弁識能力がどの程度低下したときに「実質的」に低下したと評価されるのかについては、究極的には、「法が、あるいは一般の国民が、どの程度の要求をしているかによってきめるほかはない」(平野・前掲注257・23頁)だろう。
- (341) シュナイダー(平井静也ほか訳)『今日の精神医学』(文光堂、1957年)93頁参照。
- (342) この点につき安田拓人は、正常な制御主体の有無・程度の問題と制御可能性の問題を分けて論じることによって、「制御可能性の判断は制御主体が完全に損なわれていない場合にしか行われないので、期待可能性判断と同様の枠組みを用いることは十分に可能」(安田拓人「制御能力の構造について」刑法雑誌41巻3号(2002年)329頁)であるとし、法的・規範的なものに置き換えて問題を回避しようとする。しかしながら、制御可能性の判断において、精神機能が減弱した「主体」を可能性判断の基底とすることを強調しても、その判断過程が未だ不明確であることは否めない。精神障害による歪んだ価値体系を前提とした判断を弁識能力要件の枠内で認めない——それゆえ、事実レベルの違法性の認識をもって弁識能力の存在を認める——同説が、制御能力の判断場面においてのみ、精神機能が減弱した「主体」を前提とする基準を持ち出す理由が問われなければならないだろう。また、安田の見解においては、その趣旨に反し、主体性に欠けることがなければ責任無能力とはされないとの方向へ傾くのではないかとの疑念が生じうる。特に、限定責任能力の判断場面において、「著しい」という判断はもっぱら規範的な判断となり、禁止の錯誤や期待可能性と同様に判断されることになるからである。この点につき、林美月子「書評」刑事法ジャーナル7号(2007年)107頁参照。
- (343) 仙波厚=榎本巧「精神鑑定の証明力」判例タイムズ767号(1991年)62頁参照。
- (344) 植松・前掲注11・43頁、同『『抗拒不能の衝動』と刑事責任』一橋論叢58巻3号(1967年)30頁、同「刑法の将来」ジュリスト313号(1965年)19頁以下。鈴木義男「模範刑法典およびニューヨーク新刑法における責任能力の基準」警察研究37巻6号(1966年)79頁(注4)は、「わが国でも、実際の適用において、それ[是

- 非の弁別に従って行動する能力] が是非の弁別能力と同じ程度に重視されているかどうかについては、疑問を容れる余地がかなりある」と指摘する。
- (345) 小野田矩夫「刑事責任能力論の現状と運用」精神神経学雑誌82巻4号（1980年）139頁以下参照。
- (346) 墨谷・前掲注47・223頁以下、同・前掲注69・238頁以下参照。
- (347) 墨谷・前掲注69・247頁。
- (348) 安田・前掲注3・103頁参照。
- (349) 大阪刑事実務研究会・前掲注28・77頁。
- (350) 本稿第2章第2節第2款第2項参照。
- (351) 安田拓人による一連の制御能力研究も、こうした伝統的責任論を前提とするように見受けられる。例えば、安田・前掲注254・19頁は、「本来的な意味での非難は、やはり他行為可能性を前提とし、それを活用しなかったことを咎め、反省を促す契機として位置づけられるべきもの」と述べる。
- (352) この点につき、安田・前掲注20・16頁以下は、「責任前提説、すなわち責任能力とは故意（・過失）をもちうるための前提となる能力だとする見解からは、……行為の性質に関する認識能力も認識能力の判断に含まれる」と指摘する。
- (353) 安田・前掲注3・104頁。
- (354) 安田・前掲注4・92頁。
- (355) なお、両立可能論を前提とする平野龍一の見解においても、制御能力は責任能力の要件として位置づけられている。これは、本稿第3章第2節で概観した通り、平野の見解が「他行為可能性原理の修正」に留まるものであり、この限りで制御能力要件を重視する旧来的枠組みを超えるものでなかったことに起因する。もっとも、1965年の論文では、「責任能力についての一応の提案」として、「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為は罰しない」との定式を提示していた点は、別途検討を要する。平野龍一「精神障害者と保安処分」植松正ほか編『精神障害と犯罪 犯罪学年報第三巻』（有斐閣、1965年）203頁参照。
- (356) 既述のように、行為に関する規範が提示する行為理由を理解し、その理由に基づいて自らの行為の妥当性について推論して行為を決定し、その決定に従って行為する能力が一体として問題となるのである。
- (357) 従来表現を用いれば、刑罰適応性の問題である。
- (358) なお、この定式は、裁判実務において責任能力の判断要素の一つとされる、

「了解可能性」に基づく判断とも親和的であるように思われる。責任能力の判断要素としての了解可能性概念については、①犯行動機における了解可能性、②犯行の計画性・突発性の判断に関わる了解可能性、③犯行手段・態様(犯行の一貫性・合目的性)に関わる了解可能性、④犯行の人格異質性の有無・程度を判断するに際しての了解可能性など、その意味合いは多義的であるものの(大阪刑事実務研究会「責任能力1(3)」判例タイムズ1375号(2012年)90頁以下参照)、「本人の心理状態を、判断者としてトレースしてみるにより、検証しやすいやり方」であり、「平素の性格や言動、態度などと、犯行の一貫性、合目的性、犯行後の行動などから、本人はどのような心理状態でこの一連の行為を行ったのだろうかということをトレースしてみる。その中に平常の人格の発露としては説明のつかない部分がどの程度認められるのかを考えるのが、従来の実務」(山口厚ほか(座談会)「裁判員裁判と刑法解釈の在り方」ジュリスト1417号(2011年)137頁[中谷雄二郎])であったと指摘される。

この了解可能性概念に対しては、「当該事件で事実認定をした犯行動機と犯行態様等を前提として、これを精神障害が問題となっている被告人の責任能力(是非弁識能力と行動制御能力)の評価判断に結び付けるためのいわば『中間項』的役割を果たすものとして『了解可能性』という概念を使用しようとするものと見られるが、その実質は、生物学的要素及び心理学的要素を総合した規範的評価がその中核をなしている」(大阪刑事実務研究会(責任能力1(3))・91頁)と指摘される。心理学的要素のみならず、生物学的要素をも総合した規範的評価とする点については別途検討を要するものの、少なくとも心理学的要素の判断場面においては、弁識・制御能力を一体のものとして捉える本稿の理論枠組みと近いものになるだろう。すなわち、「通常人のとる行動から全くあるいは著しく逸脱して、合理的説明を付けることができないか、それが著しく困難であり、納得することができるような性質のもでないかどうかを責任能力の有無・程度の判断を導くための重要な指標の一つ」(同・91頁)として据えるのは、行為者の精神状態を所与とし、(理由への問いと応答)という図式の下で刑事責任能力を把握する本稿の基本的方向性に合致するのである。

もっとも、この了解可能性判断に対しては、近藤和哉によって、①行為者の精神状態や心理状態を判断する方法としては、刑法的評価の前提となるべき事実認定の客観性を侵食し、②精神医学における了解概念には、精神病の有無を判断する診断機能は与えられておらず、③この概念を用いることで裁判所が鑑定を不当に排斥す

る危険を生じさせる、との批判が向けられている（近藤和哉「責任能力判断における『了解』について（一）」上智法学論集39巻2号（1995年）98頁、107頁、110頁以下参照）。また、被告人の行動が一見了解可能であり、他の人間行動との間に類似性があっても、重度の精神障害に罹患していることがありうるとの指摘を前提に、「了解可能性」という概念自体にはそれほどの重要性はないのではないかと疑問を呈する見解も存在する（林（幹）・前掲注19・31頁参照）。

しかしながら、上記の批判に対しては、①了解可能性判断は、行為者の精神状態・心理状態を所与のものとし、「判断者側として、そのような精神状態ないし心理状態の被告人が当該犯行を実行したことが経験則に照らして了解可能であったか」という規範的評価をするもの」（大阪刑事実務研究会（責任能力1（3））・92頁）であり、精神状態や心理状態の客観性を侵害することを意味せず、②裁判実務における具体的事件の解決に際して、了解可能性の判断自体に精神病か否かの診断機能が与えられているわけではなく、それゆえ専門家の鑑定意見は規範的判断としての了解可能性の有無とは区別して、実務上相当程度尊重されている（同・92頁参照）との反批判が可能であろう。

【付記①】 本稿は、平成27年度科学研究費補助金（特別研究員奨励費：課題番号26・2485）による研究成果の一部である。

【付記②】 本稿の執筆過程では、岩崎貴彦氏（東京地方裁判所判事補）に草稿段階から多くの有益なご助言をいただいた。ここに記して感謝申し上げる次第である。

【付記③】 校正中に、瀧川裕英「責任能力は責任に依存する」法学教室430号（2016年）8頁および安田拓人「責任能力の意義」同14頁に接した。

