

刑事責任判断における人格同一性の位置づけ

上原大祐

1. はじめに

以前筆者は拙稿の中で、当該行為について被告人に刑事責任を問うために要求される人格同一性の基準について考察した。すなわち、ある時点における人物Aと別の時点における人物A'が同一人物である、とするために要求される人格同一性の基準に関しては、大別すると、AとA'が第三者の視点から見て同一人物であると判断されれば良い、とする身体的・三人称的同一性を基準とする立場と、これに加えて、AとA'が同一人物であると一人称的に認識しうることが必要である、とする、心理的・一人称的同一性を基準とする立場の2つがあるが、拙稿では、行為者＝被告人＝受刑者に刑罰を科すためには、これが、第三者の視点から見て同一人物である、すなわち、身体的・三人称的同一性を有しているのみならず、被告人が当該行為に関して、記憶を内実とする心理的・一人称的同一性を有していなければならない、ということ論じた¹。これは換言すれば、被告人もしくは受刑者が当該犯罪行為に関して記憶を不可逆的に喪失している場合には、もはや刑事責任を問い得ない、ということである。しかし、敢えてその中で触れなかったことがあった。というのは、刑事法上、行為者＝被告人＝受刑者が有しているべき精神的能力は、それぞれ段階に応じて、責任能力・訴訟能力・受刑能力という3つの能力として概念化される²が、人格同一性と刑事責任の関係の議論は、この従来3つの能力論の内のいずれに位置づけられるべきものであろうか。それとも、この議論は従来能力論を超えた議論なのであろうか。解離性同一性障害患者たる被告人の刑事責任について判断した判例の中で、被告人が当該行為に関して記憶を喪失している事案に関して、裁判所が被告人の刑事責任の一部を否定した判例がある³が、この判例で

¹ 上原大祐「刑事責任と人格の同一性——アメリカにおける解離性同一性障害患者たる被告人の刑事責任を巡る議論を素材として——(1)(2・完)」*広島法学*32巻4号(2009)97頁以下、同33巻1号(2009)15頁以下。

² たとえば、内藤謙『刑法講義総論(下)I』(1991・有斐閣)789～790頁。

³ 東京地判平20・5・27判例時報2023号158頁。

裁判所は、被告人における当該行為に関する記憶の不存在を理由として、被告人に当該行為に関する心神喪失を認定した。換言すれば、裁判所はこれを責任能力の問題としたのである。しかし、この結論は妥当であろうか。責任能力を従来の議論通り、行為時に行為者＝被告人が行為に関して弁識・制御能力を有していたか否か、の問題と捉えるならば、裁判時に被告人が当該行為に関して記憶を有しているか否か、という問題は、行為時に着目して判断されるべき責任能力の問題とはレベルを異にするのではないが⁴。

筆者は結論としては、記憶を内実とする心理的・一人称的同一性を責任能力の問題と位置づけた東京地判平20・5・27を妥当なものとするが、従来の刑事責任能力の概念からすると、これは導き得ない結論である。したがって、この結論を導くためには、刑事責任能力の概念とはそもそも如何なるものであるか、という次元から再考する必要がある。本稿はこの問題意識の下、まず最初に、ドイツにおいて人格同一性の問題と刑事責任判断の関係を論じた Merkel の議論を概観し、その上で、刑罰正当化のために要求される、記憶を内実とする心理的・一人称的同一性が、結論としてやはり刑事責任能力の問題として捉えられるべきものである、ということ論証する。

2. Merkel の問題提起

ドイツにおいて、人格同一性の問題を「刑法理論の未発見の根本的問題」と位置づけ、問題提起を行ったのは Reinhard Merkel である^{5 6}。Merkel は刑法理論の文脈において人格同一性を考慮すべき場面として「被害者と人格同一性」「同意主体と人格同一性」「行為者＝被告人＝受刑者と人格同一性」の3つを指摘し、それぞれについて論じているが、本稿では「刑事帰責と人格同一性」という本

⁴ 行為者が当該行為に関する記憶を失っている逆行健忘の問題を訴訟能力の問題と位置づけ、考察したものとして、最新のものとしては、指宿信「逆行性健忘と訴訟能力」町野朔他編『刑法・刑事政策と福祉——岩井宜子先生古稀祝賀論文集』（2011・尚学社）150頁以下がある。

⁵ Reinhard Merkel, Personal Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung, JZ 1999, S.502ff.

⁶ また、わが国の刑法学者が刑法学における人格同一性の問題について考察を行いドイツで公表した論稿として、Hirokazu Kawaguchi, Zur Problematik der personalen Identität im Strafrecht—Eine Einführung—, in Festschr.f.Albin Eser zum 70.Geburtstag,2005, S.139ff. がある。筆者はこの論文を通して Merkel の論稿に触れた。

稿の問題意識に基づき、最後の論点に関する Merkel の議論のみを概観する。

Merkel はまず、刑事帰責の暗黙の前提とされている人格同一性の存在が、ある一定の場合には当然の前提とみなし得ないことを指摘する⁷。これはどのような場合であろうか。Merkel はその一例として、逆行健忘⁸の例を挙げ、幾つかの問題を指摘する⁹。1つは、行為者が犯罪行為を、疑いなく弁識・制御能力を有する状態で行った後、この者が裁判の開始前に逆行健忘を発症し、当該行為に関する記憶を失ってしまった場合、当該行為者＝被告人に対して有罪宣告を下すことはできるのか、という問題である。もう1つは、この行為者＝被告人＝受刑者が、判決後に逆行健忘を発症した場合、この者に対して刑罰を執行することはできるのか、という問題である。

これらの問題に関して、一見すると、前者は訴訟能力、後者は受刑能力の問題である、と考えられるかもしれない。しかし Merkel はこのような問題解決の仕方、「我々の問題にはぴったり合わない、明らかな一時しのぎ」である、として批判する¹⁰。Merkel はそれぞれの問題を次のようにパラレルに考察し、上述の結論を導く。すなわち、前者の問題に関し、裁判時に被告人が当該行為に関する記憶を有していない、というということは、無実でありながら起訴される者の場合にも共通する。この場合、裁判官は被告人に対して無罪を宣告するのみであり、無罪判決後に回顧的に訴訟能力無し、とすることはない。であれば何故、記憶喪失の被告人に関してのみ、訴訟能力無し、とされるべきなのか。Merkel は前者の問題に関してこのように主張し、結論として、これを訴訟能力の問題とすべきではない、とするのである¹¹。また、後者の問題に関しても、Merkel は無辜の者が誤って刑罰を科された後に無実であったとの証明がなされた場合に、回顧的に受刑能力なし、とすることはない、ということから、これを受刑能力の問題とすべきではない、と結論づける。また受刑能力に

⁷ Merkel, a.a.O.(Anm.5),S.502

⁸ 逆行健忘とは、健忘を生じる原因となった疾患や外傷の発症以前の、本来覚えていたはずの出来事が思い出せなくなる現象のことである。過去の自己の生活史の選択的な逆行健忘のみを呈し、記憶力や意味記憶は障害されない場合が多い（加藤敏他編『現代医学辞典』（2011・弘文堂）217頁および300頁）。

⁹ Merkel, a.a.O.(Anm.5),S.509

¹⁰ Merkel, a.a.O.(Anm.5),S.509

¹¹ Merkel, a.a.O.(Anm.5),S.509

関して Merkel は、「専ら、執行が制限される病気の危険ないし治療の障害を避ける」ための規定であり、記憶喪失とは何の関係も無い、として、当該行為に関する記憶を喪失している受刑者に関して、これを受刑能力の問題として処理すべきではない、とも主張するのである¹²。

では、これらの問題はどのように解決されるべきものであろうか。この点に関し、Merkel は、刑罰目的論に立脚して議論を行うことを主張する¹³。では、この刑罰目的論とは、具体的にどのようなものであろうか。Merkel は、刑罰を積極的一般予防機能からのみ正当化する¹⁴場合には、行為者＝被告人＝受刑者が当該行為に関して記憶を失っている、ということは、刑事責任判断に何らの影響も及ぼさない、すなわち行為者＝被告人＝受刑者が三人称的同一性のみを有していれば、刑罰は正当化される、ということ認める。しかし同時に Merkel は、それだけでは足りない、とも主張する。すなわち、「あらゆる正当な刑罰は応報 (Vergeltung) という要素を含む」ことを指摘するのである¹⁵。ここで「応報」という概念を持ち出すことはどのような意味を持つのであろうか。Merkel は、応報の概念は「行為者と処罰される者の関係により強い注意を向ける」という点を指摘する。すなわち、「処罰される者が行為者と同一人物である場合にのみ、(行為者＝受刑者：括弧内筆者)において一般的に何かが応報されるからである」と Merkel は論じる¹⁶。それゆえ、この「同一人物」である、ということ、すなわち人格同一性が、いかなる基準によって判断されるべきか、ということが問題となるのである。

ここで、Merkel が責任原理と応報の違いに言及していることは、強調しておくべき点である。すなわち、Merkel は、責任原理も応報も、「処罰されると

¹² Merkel, a.a.O.(Anm.5),SS.509~510

¹³ Merkel, a.a.O.(Anm.5),S.510

¹⁴ 積極的一般予防論とは、「犯罪者を処罰することにより、規範の存在を確証し、一般国民の規範意識を覚醒・強化することにより犯罪を予防する効果を持ち得る」が故に、刑罰は正当化される、とする主張である(西田典之『刑法総論』(2006・弘文堂)16頁。Merkel はこのような主張をする代表的な論者として Jakobs の名を挙げる。この立場からすると、行為者＝被告人＝受刑者が、犯罪を行ったが故に処罰される、ということ第三者が見て理解できればよいので、行為者＝被告人＝受刑者に関して要求される人格同一性の基準は、第三者が見て確認することのできる、身体的・三人称的同一性に尽きる、という結論になる。

¹⁵ Merkel, a.a.O.(Anm.5),S.510

¹⁶ Merkel, a.a.O.(Anm.5),S.510

いう苦しみを被らせてよい者を同定する」という意味では共通する規範的機能を有するが、責任原理は「視線を行為時における行為者に集中する」のに対し、応報の概念は「(行為時の：括弧内筆者) 行為者と(受刑時の：括弧内筆者) 処罰される者の関係により注意を向ける」という相違点があることを強調するのである¹⁷。それゆえ、問題は責任原理ではなく、応報の概念である、ということが明らかとなる。

では、この応報の観点から要求される人格同一性は、身体的・三人称的同一性のみでよいのか、それとも、三人称的同一性の上にさらに心理的・一人称的同一性の存在まで要求されるのか。現在問題としている、被告人もしくは受刑者が当該行為に関して記憶を失っている事例の場合、Merkel が指摘するように「(三人称的：括弧内筆者) 観察者としての我々は、記憶喪失の行為者の自然な連続性・・・を我々の立証手続きの仕方でも理論的に再構築することができる(のに対し：括弧内筆者)・・・一人称単数の「私」としての彼自身に対しては、あらゆるこのような知覚は閉ざされており、彼の今日の私は彼の以前の私からは持続的に切り離されている」¹⁸のである。では、どのように結論すべきか。Merkel はこれを「法にとって・・・法主体の規範的な構成の問題である」とした上で、自身の立場としては「おのれの人格的な自我のこれまでの伝記的記録から完全な退行的記憶喪失症の不可逆的な切断によって切り離されている行為者(=被告人=受刑者：括弧内筆者)は、以前に犯した行為に関して、刑法上はもはや責任を問われない」と述べる。しかし最終的には、この問題は「未解決の問題である」、として、さらなる議論の必要性を指摘するに留めている¹⁹。

3. 責任能力と刑罰適応能力

これまで見てきたように Merkel は、刑罰を科すための前提条件として、行為者=被告人=受刑者の人格同一性の問題を考察する必要性を指摘する。その中でも特に、Merkel 自身が支持する、当該行為に関して不可逆的に記憶を喪

¹⁷ Merkel, a.a.O.(Anm.5),S.510

¹⁸ Merkel, a.a.O.(Anm.5),S.510

¹⁹ Merkel, a.a.O.(Anm.5),SS.510-511

失している場合には行為者＝被告人＝受刑者を処罰し得ない、とする立場、すなわち、行為者と被告人と受刑者の間に、身体的・三人称的同一性のみならず、心理的・一人称的同一性の存在を要求する立場は、換言すれば、被告人＝受刑者が、自身に科される刑罰を「自身が行った犯罪行為に対する正当な結果」として認識できることを要求するものである。このように、自身の刑罰を正当なものとして認識することができるために要求される精神的能力を、刑罰という刑事帰責の前提として要求される能力という意味で「刑罰適応性＝刑罰適応能力」と呼ぶことができるだろう。そしてこれは、刑罰を応報の文脈で捉える中で要求される概念、ということができ、行為時のみならず、行為後の事情をも考慮の中を含める、というところにその特徴がある。

しかし従来、応報の文脈では、責任能力とは、あくまで行為時に行為者が行為の是非を弁識しもしくはこれに従って行為を制御できたか否か、という問題として定義されてきた²⁰。そして、これが肯定されるならば、この行為に関する刑事責任を被告人＝受刑者に問うことができるのは当然のことである、とされてきた。しかしこれは、Merkelの区別に従えば、応報と責任原理を同一のもの、と考えている故に、このような結論に至るのではないか。Merkelが指摘するように、責任原理も「処罰されるという苦しみを被らせてよい者を同定する」という意味では、刑罰という刑事責任を科される者を同定する第一義的な機能を有するのは確かである。しかし、Merkelがその議論の中で明らかにしたように、責任原理がその注意の焦点を「行為時における行為者」に限るのであれば、行為者＝被告人＝受刑者に対して刑罰を科す際になされるべき考慮としては不十分である。なぜなら、行為時には刑罰を科され得る者として同定され得たとしても、行為時の行為者と受刑時の受刑者（および、受刑者となるべき者となり得るか否かが判断される、裁判時の被告人）との通時的関係がまったく考慮されていないからである。筆者は行為者と被告人と受刑者の間に、記憶を内実とする通時的な心理的・一人称的同一性の存在が必要である、と考え、これを「刑罰適応性＝刑罰適応能力」と呼び、これも責任能力の概念に含まれると考えるのであるが、この概念をより明確に理解するために、わが国におい

²⁰ これは一般的に「行為と責任の同時存在の原則」として表現される。

て「刑罰適応性」という用語が従来どのような文脈で用いられてきたのか、について概観しておこう。そしてまた、それぞれの論者の議論を演繹した場合、刑事帰責のために行為者と被告人＝受刑者に心理的・一人称的同一性が要求されるか否か、についても考察してみよう。

①決定論に基づく新派の思想における「責任能力＝刑罰適応性」

——牧野英一博士の見解

先に述べたように筆者は、刑罰を過去の行為に対する回顧的な非難として捉える応報刑論の文脈において刑罰適応性＝刑罰適応能力という言葉を用いるのであるが、従来の議論において刑罰適応性とは、刑罰を予防刑論的立場から正当化する新派の議論において用いられてきた概念である。この新派の議論における「刑罰適応性」と、筆者がここで用いる「刑罰適応能力」とは、どのように異なるのか。以下では、まずこの2つの概念の区別を明確にするため、わが国において刑事帰責と「刑罰適応性」を関連させる見解を採る論者の見解を概観しておこう。

ここでまず、新派の思想とはいかなるものであったかを概観しておくこととする。新派の思想の代表的な論者として、牧野英一博士を挙げることができる。以下、牧野博士の議論を下に、新派の思想における「刑罰適応性」の定義を明らかにする²¹。

そもそも、旧派刑法学と新派刑法学の間での争いとはいかなるものであったか。旧派とは応報刑主義を支持する立場であり、牧野博士の定義に従えば、「犯罪に対し刑罰を科することを以て、応報の原理に依る自明当然のことである、とするもの」²²である。この考え方によれば、「悪因に悪果のなければならないことは、社会において一般に信ぜられているところのいわゆる道義的な原理であり、それが何故にそうであるかということは、説明を要しない当然のことと

²¹ 以下、牧野博士の思想を、牧野英一『刑法総論上巻』（1958・有斐閣）、同『刑法総論下巻』（1959・有斐閣）を基に概観する。なお、牧野博士の刑法思想を概括的に紹介したものとして、中山研一「牧野博士の刑法思想」同著『刑法の基本思想増補版』（2003・成文堂）1頁以下、がある。

²² 牧野・前掲注21、『刑法総論上巻』21頁。

せられるのである」²³。このような立場からすると、「刑罰の本質は犯罪人に対して加えられる害悪乃至苦痛であるということになるのであるし、そうして国家は斯くその害悪乃至苦痛それ自体を目的として刑罰を科す」²⁴ことになる。また同時に、刑罰は「贖罪・・・を目的とするもの」でもあり、「犯罪に因る道徳上法律上の責任を解除するものである」ともされる²⁵。このような応報刑論においては、刑罰をもって過去の行為に対する反動と見なし、回顧的なものとして把握するところにその特徴がある。

このように、旧派刑法学が立脚する応報刑論は、刑罰を科すことそれ自体を自己目的的なものと捉えるのに対し、新派刑法学が立脚するところの目的刑論は、刑罰を科すことは、それ自体以外の目的を追求するために有益であるが故に正当化される、とする²⁶。この目的とは「要するに、われわれの社会生活の保全に他ならぬものであ（り：括弧内筆者）・・・、社会防衛ということが要点となる」²⁷。そしてこのような目的を持つものとして理解される刑罰に関し、その内容を以下のようなものとして把握する。すなわち「犯人に対して闘争すなわち社会的排除を目的とするものでなくして、その社会的同化すなわち矯正改善を趣旨とするものと解するに因るので、それで、われわれは、目的刑主義を徹底し醇化したものとして、教育刑論ということを考えるのである」²⁸。この立場は、応報刑論が自由意思の存在を肯定し、刑罰を回顧的なものとして把握するのに対し、自由意思の存在を否定し、人の精神現象に関しても因果律の支配を認め、将来の犯罪の予防という政策的意義の見地から刑罰を展望的に把握し、正当化する、という特徴がある²⁹。

さらにこの目的刑論は、その目的によって一般予防主義と特別予防主義に分類される³⁰。牧野博士の区別に従えば、一般予防主義とは「犯罪人に対し、刑を科すことに因って、一般社会を威嚇警戒し、これに由り犯罪を将来に向かっ

²³ 牧野・前掲注21. 『刑法総論上巻』 21頁。

²⁴ 牧野・前掲注21. 『刑法総論上巻』 21頁。

²⁵ 牧野・前掲注21. 『刑法総論上巻』 21頁。

²⁶ 牧野・前掲注21. 『刑法総論上巻』 22頁。

²⁷ 牧野・前掲注21. 『刑法総論上巻』 22頁。

²⁸ 牧野・前掲注21. 『刑法総論上巻』 22頁。

²⁹ 牧野・前掲注21. 『刑法総論上巻』 51～55頁。

³⁰ 牧野・前掲注21. 『刑法総論上巻』 40頁。

て予防することを、刑法の中心使命として考えるものである」のに対し、特別予防主義とは「特に犯罪人自身に対する刑の作用を考え、行為者をして再び罪を犯すことをなからしめるということを基本として刑法の社会的機能を理解しよう」というものである³¹。牧野刑法学においては、目的刑論の中でも特に特別予防主義が重視され、刑罰は、犯罪者の改善をその主要な目的とするものとして把握されている³²。刑罰の本質をこのようなものとして理解する場合、責任はいかなるものとして理解されるのか。博士は論を次のように進める。

博士は刑法における責任に関し、社会的責任の理論を採用する。この見解からすると、「理論上、犯罪者の責任ということは、社会に対するその者の地位として、社会保全の必要から理解されるべきものであることになるにおいて、すべてがおなじものであり、責任能力者と責任無能力者の間に本質的な差異はなく、ただ処遇上の要求に応えるための「法制上の技術として、(責任能力者と責任無能力者の間に:括弧内筆者)形式上一定の区別を認める」に過ぎない、ということになる³³。ここで、博士が応報刑思想を一概に否定するわけではないことは言及しておく必要があるだろう。博士は応報刑思想に関し、「社会の通念における応報思想を無視するのではないばかりでなく、それを適当に利用せねばならぬ」と述べ、改善刑主義を達成するための1つの手段として、応報的観念を採り入れることを認める³⁴。しかし、博士の社会的責任論において、「(応報的害悪:括弧内筆者)は唯一のものでもなく、また最も重要なものでもなく、ただ可能な1つの方法であり、その意義において、制度として有用なものでもあることもあるであろうとするに過ぎないのである」³⁵。刑事責任をこのように把握した場合、責任能力はどのような概念として理解されるものなのか。以下では、これを概観してゆく。

博士は責任能力という用語を「人間として普通正常・・・の能力を具有することをいうのに外ならない」と定義し、責任能力者とは「かような者に対しては、

³¹ 牧野・前掲注21.『刑法総論上巻』40頁。

³² 牧野・前掲注21.『刑法総論上巻』43頁、51～68頁。

³³ 牧野・前掲注21.『刑法総論下巻』499～500頁。博士はこの見解において、「責任」という用語を用いること自体が不適当、との見解も示される(牧野・前掲注21.『刑法総論下巻』501頁)。

³⁴ 牧野・前掲注21.『刑法総論下巻』501頁。

³⁵ 牧野・前掲注21.『刑法総論下巻』508頁。

刑罰すなわち社会保全の方法として普通のものが効果を発生することを期待し得べきである」ということである、と定義づける³⁶。このように定義した場合、責任能力者の行為と責任無能力者の行為の間には本質的な差異はなく、「ただ、社会防衛の方法が、能力者とせられる者に対する場合と無能力者とせられる者に対する場合との間に赴きを異にするものがあるというだけのことである」³⁷。換言すれば、「責任能力というのは、刑を科することに因って、刑の目的を達し得べき能力であるということになる。すなわち、責任能力は刑罰能力・・・であるということになる。・・・これを刑罰適応性ということが出来る」ということになる³⁸。この見解を突き詰めると、責任能力判断において、行為時の事情が考慮の対象から除かれる、という意味において、刑罰と保安処分間に差異はないことになるはずである。しかし、博士は、博士の弁によれば「責任無能力者に対する社会防衛の方法を、形式上、責任能力者に対するものと区別し、刑と保安処分とを刑法上二元的に組み立てる」ことを、「自由意思乃至道義的責任ということに対する信念が実際において重きを成している現代の社会においては、妥協として1つの方法であろう」とし、責任能力を行為時に関する犯罪能力と解することを許容する³⁹。しかし、博士の責任能力観の本質は、「責任能力の実体は、これを犯罪の要件として解すべきではなく、犯罪人の種類に従い、それぞれに適応すべき社会防衛の方法の適用を論ずるについての1つの標準に過ぎない」⁴⁰というものであることは見誤るべきではない。

これまで見てきたように、新派の見解においては、受刑時における刑罰適応性＝刑罰適応能力の有無に関する将来展望的な判断こそが責任能力判断の中核であり、行為時における行為に関する弁識・制御能力の判断という回顧的判断は、本来的には必要とはされないものであった。では、この観点から、行為者と被告人＝受刑者間の心理的同一性の問題は、どのように捉えるべきものであろうか。素直に考えるならば、新派の見解における精神的能力判断は、裁判時における、受刑時に教育刑を通じた再社会化に適応しうるか、という将来展

³⁶ 牧野・前掲注21. 『刑法総論下巻』 529頁。

³⁷ 牧野・前掲注21. 『刑法総論下巻』 532頁。

³⁸ 牧野・前掲注21. 『刑法総論下巻』 532頁。

³⁹ 牧野・前掲注21. 『刑法総論下巻』 534頁。

⁴⁰ 牧野・前掲注21. 『刑法総論下巻』 534頁。

望的判断に尽きるのであって、行為時の行為者と裁判時・受刑時の被告人＝受刑者の間の関連性は無関係である、とも考えられる。しかし、ここで、前田雅英教授の特別予防に関する「非難の観点を抜きに処罰すると、特別予防の面から見ても効果に問題が生ずる。行為者が非難に値しないのに処罰された場合、「不運の故に罰せられた」と思うに過ぎないからである」⁴¹という指摘には留意すべきであろう。将来展望的という場合、一般予防と特別予防という2つの見地からの判断があり得る。一般予防の見地からの判断の場合、第三者がそれを見てどう思うか、が判断の全てであり、被告人＝受刑者自身の納得、という一人称的事象は無関係である。しかし、これまで見てきたとおり、牧野博士が主張するところの新派の主張は、刑罰の特別予防的側面を重視するものであり、この観点から考えるならば、新派のように、裁判時における将来展望的な見地から被告人の精神的能力を刑事責任能力として評価する立場においても、行為者と被告人＝受刑者の間の心理的同一性が要求される可能性も否定できないのである。

ここまでで、刑罰適応性＝刑罰適応能力という概念は、新派の立場から、再社会化の手段としての刑罰に適応できる能力、という意味でまず用いられ、それは本質的には受刑時においてその存在を要求されるものである、ということを理解することができた。しかし、刑法学の議論の歴史において、この言葉は必ずしもこの意味に限定されて用いられてきたのではない。では、この言葉を別の意味において用いた議論にはいかなるものがあるのであろうか。次に、新派と同様、決定論の立場に立つ平野龍一博士の論を概観してみよう。

②やわらかな決定論における「責任能力＝刑罰適応性」の概念

——平野龍一博士の見解

平野博士も、「責任能力はある意味で刑罰適応性だといってもよい」と述べ⁴²、一見すると責任能力に関して、牧野博士と同様の立場に立たれるように

⁴¹ 前田雅英『刑法総論講義第5版』(2011・東京大学出版会) 25～26頁。

⁴² 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975・有斐閣) 280頁。以下、平野博士の思想を本書・同『刑法総論Ⅰ』(1972・有斐閣) および同『刑法の基礎』(1966・東京大学出版)を基に紹介する。なお、平野博士の刑法思想を包括的に紹介したものとして、中山研一「平野博士の刑法思想」同著・前掲注21、162頁以下、がある。

思われる。しかし、ここで注意すべきは、平野博士の理論が、大別すれば決定論に分類されるものであるが、それが「やわらかな決定論」と呼ばれ、牧野博士らに代表されるプロトタイプな決定論とは異なるものと評されていることである⁴³。それゆえ、平野博士の「刑罰適応性」と牧野博士の「刑罰適応性」とは、同じ言葉を使っている、その内容が異なる、と考えられる。以下、平野博士の刑法思想を概観し、博士の責任能力＝刑罰適応性について、より詳細に見ていこう。

平野博士の刑法学の特徴の1つは、刑罰論における目的刑論の自覚的な主張である、と言われる⁴⁴。そして、刑罰の正当化根拠に関しても、これを「自由の拘束という重大な物理的な力を伴う非難である刑罰は、少なくとも効果のあるもの——その意味では功利的なもの——でなければならないのである。(刑罰：括弧内筆者)・・・も、けっして単にそれが等価交換的正義に合致するというだけの理由で正当化されるものではない。それが犯罪防止に有効であるという予想が、それを正当化する一つの大きな根拠となっているのである」⁴⁵とする。これを見るに、平野博士は刑罰を、将来展望的な観点から正当化される、ということが理解できる。では、この「犯罪防止に有効である、という予想」は、いかなる根拠によって支えられているのか。この点を理解するために、平野博士の意思自由観を概観しておく必要がある。

平野博士は「法」という言葉に含まれている、人の意欲を対象としこれを強制する「命令」という意味と、単に記述的なものに留まるどころの「法則性」という意味を区別し、「自由とは強制されていないことをいうのであって、法則性がないことをいうのではない・・・(のであり：括弧内筆者)・・・この両者を区別するならば、人間の意思が法則に従うものであることを認めつつ、人間の意思に自由を認めることができる」とする見解を支持する⁴⁶。その上で、「第一は、人間の行為に「因果関係」すなわち「法則性」はあるか・・・第二は「自由

⁴³ たとえば、内藤・前掲注2. 777～778頁。平野博士自身も、自身の拠って立つ立場が「かたい決定論」とは異なるものであることを明言する(平野「意思の自由と刑事責任」前掲注42.『刑法の基礎』5～8頁)。

⁴⁴ 中山・前掲注21. 162頁。

⁴⁵ 平野「刑事責任について」前掲注42.『刑法の基礎』79頁。

⁴⁶ 平野「意思の自由と刑事責任」前掲注42.『刑法の基礎』7頁。

とはなにか・・・第三は、「責任」とはなにか」という3つの問題を提起し⁴⁷、それぞれに考察を加える。まず、第一の問題を考察する上で、その前提となる「因果関係」という言葉の定義に関し、博士はこれを、原因と結果の必然的な一対一の関係ではなく、より抽象的な「ある事象から他の事象への変化の法則性であり、「法則による予測可能性であり（り：括弧内筆者）」・・・これまではいかに法則的であっても、次の回にはちがった結果があらわれないとはいえないのである。ただ、これまでの経験からいえば、過去の事象にあらわれた法則は将来もつづいて認められるであろう・・・と予測することができる・・・（というレベルの：括弧内筆者）・・・将来にとっての仮説」である、と定義する⁴⁸。その上で、この定義に基づくならば、「人間の行為についても因果関係を見出すことは可能である」とするのである⁴⁹。

では、人間の行為に関しても因果関係は見出される、という前提に立脚した場合、意思の自由の存在はどう見なされるべきものなのであろうか。平野博士は次にこの点に検討を加える。博士はまず「人間が自由であるか、自由でないかは、決定されているか決定されていないかにあるのではない。決定されていないことが自由だとするのは、自由と偶然の混同である。自由であるかないかは、「なにによって」決定されているかによるのである⁵⁰と述べる。では、何によって決定されている場合には人間は自由であり、何によって決定されている場合に自由が否定されるのか。これに関して博士は、自身の行動が自分自身の意思によって決定されている場合、この行動は自分の自由な意思の所産であり、自身の行動が他人の意思によって決定されている場合、自由が否定される、とまず分類する⁵¹。しかし、自身が原因であった場合でも、全部が自由である、とは一概に言えない、ともする。すなわち、人間の意識を生理的な層と規範心理の層に分類し、行動が規範心理の層によって決定されている場合には、それは「わたし自身」によって決定されているものであり、ここに自由を認めることができるのに対し、生理的な層によって決定されている場合には、自由を否

⁴⁷ 平野「意思の自由と刑事責任」前掲注42. 『刑法の基礎』8頁。

⁴⁸ 平野「意思の自由と刑事責任」前掲注42. 『刑法の基礎』14頁。

⁴⁹ 平野「意思の自由と刑事責任」前掲注42. 『刑法の基礎』15頁。

⁵⁰ 平野「意思の自由と刑事責任」前掲注42. 『刑法の基礎』19頁。

⁵¹ 平野「意思の自由と刑事責任」前掲注42. 『刑法の基礎』19頁。

定するのである⁵²。これは換言すれば、「他人や生理的なものによって決定されて行動するのではなく、自己の規範意識に従って行動するのだ」という意識が真の自由の「意識」だと考えるべき」ということである⁵³。

ここまで概観してきたことを要約すると、以下のように言うことができる。すなわち、一人称的に見れば、自己の規範意識に従ってその行為を選び取った、という意識がある限りにおいてこれは「自由な行為」ということができるが、これを三人称的に見るならば、外的事情および行為者の心理的・内的事情という条件を総合考慮すると、彼がこのように行為することは必然であった、換言すれば、決定されていた、ということができる、と。そしてこの行為者の心理的・内的事情は、それまでに行行為者が示してきた人格特性により判断可能なものであった、と。決定論と意思の自由の両立を認めるこのような立場は「やわらかな決定論」と呼ばれている⁵⁴。

このような前提に立脚した場合、人間の責任とはいかなる概念として把握されるものであろうか。この点に関し、平野博士は次のように議論を展開する。すなわち、行為の時点において存在していた行為者の外的および内的事情すべてを総合するならば、当該行為は必然的に生じたものであったかもしれないが、もしこの条件が異なっていたならば、他の結果が生じていただろう、とは言える。そして、「違った動因をもつ「べき」であった、より強い合法的な規範意識をもつ「べき」であった、という判断の告知が非難なのである」⁵⁵。社会の側がこのような非難を表明するために行行為者に対して加えるものが刑罰であり、これは「同じような事態がふたたびおこったときに、「かつて非難が加えられ、今度も加えられるであろう」という新たな条件がつけ加わることによって、同じ行為がなされることを防止（する：括弧内筆者）」⁵⁶ために加えられるものである⁵⁷。

⁵² 平野「意思の自由と刑事責任」前掲注42。『刑法の基礎』19頁。

⁵³ 平野「意思の自由と刑事責任」前掲注42。『刑法の基礎』21頁。

⁵⁴ 平野「意思の自由と刑事責任」前掲注42。『刑法の基礎』7頁。

⁵⁵ 平野「意思の自由と刑事責任」前掲注42。『刑法の基礎』24頁。

⁵⁶ 平野「意思の自由と刑事責任」前掲注42。『刑法の基礎』25頁。

⁵⁷ ここで一つの疑問が生じる。というのは、非難＝刑罰が行行為者に対し、将来同じような事態において再び同様の行為を選択しないように条件付けを与えるために加えられるものであるとすると、過去の行為に対する非難である必要はあるのだろうか。すなわち、あくまで受刑時に刑罰を科されることによって条件付けを与えられ得るか否

ここまでで、人間の意思自由および責任の問題に関する平野博士の見解を概観してきた。では、このような「やわらかな決定論」に立脚した場合、刑事責任能力は、はたしてどのような概念として把握されるのであろうか。博士はこれに関して、次のように述べる。すなわち、「刑罰適応性とは・・・行為のときの行為者の精神状態が、刑罰という非難によって動機づけられるような性質のものであるかどうかという、一般予防ならびに特別予防的見地からの判断」⁵⁸である、と。また、刑罰適応性について、非決定論を前提とする有責行為能力と比較して、「その内容は有責行為といわれるものとそれほど違いはない。ただ、有責行為能力という（形而上学的な）自由意思があったかなかったか、というような科学的・経験的には答えられない性質の問題に対して答えなければならないことになりやすい・これに対して、刑罰適応性というときは、責任能力を経験的に答える性質の問題・・・とすることになる。有責行為能力というときは、およそ倫理的な是非の判断ができるのかどうかの問題であると考えられやすいが・・・（責任能力＝刑罰適応性とは：括弧内筆者）・・・社会生活に適応する能力を持つかどうかであり、刑罰という手段によって統制することが適当であるかどうかである」⁵⁹とも述べるのである。

したがって、これまでの論の展開を要約すると、以下ようになる。「自由」の意味とは、「自分自身の規範意識に従って行為を選び採る」という意味であり、

か、という、将来展望的な判断で良いのではないだろうか。このような疑問に対して平野博士は直接的にはコメントしていないが、おそらく前田教授が刑罰の特別予防的側面における非難の観点の必要性に関して述べる、「非難の観点を抜きに処罰すると、特別予防の観点から見ても効果に問題が生じる。行為者が非難に値しないのに処罰された場合、「不運の故に罰せられた」と思うに過ぎないからである（前田・前掲注41. 25～26頁）」という見解と同様の見解を採るものと思われる。このことは、平野博士が自身の見解と近いものであるとしてエンギッシュの見解を紹介するに際しての、犯罪能力と刑罰能力の関係に関する、「行為の時にも責任能力がなければならないのは、そうでなければ刑が意味あるものとして受けとられないからである（平野「エンギッシュの自由意思論」前掲注42. 『刑法の基礎』58～59頁）」という主張からもうかがい知ることができる。すなわち平野博士の思想においては、刑罰は第一義的には将来展望的側面の故に正当化されるものであるが、この目的を達成するために、特別予防的見地から、非難という回顧的側面も欠かすことができないものである、と考えられているのである。しかしこのような非難は、「将来への条件づけにとどまるかぎり・・・本来の非難（他の行為をするよう意思決定しえたこと〔他行為可能性〕を前提とする）とはいえないように思われる」と内藤名譽教授は評する（内藤・前掲注2. 758頁）。

⁵⁸ 平野龍一「刑法の基礎」⑤第5章・責任阻却事由・第3節責任能力」法学セミナー138号（1967）20頁。

⁵⁹ 平野・前掲注58. 20頁。

これは非決定論が言うところの「無原因」という意味での「自由」とは異なる概念である。そして、これは一人称的に見れば「自由な行為」と見ることができるだろうが、行為時の外的条件と行為者の内的条件を三人称的に観察するならば、行為者が当該行為を選び採ることは必然であった、すなわち「決定されていた」と見ることができる。その上で、犯罪行為を行った者に対して、社会の側が「他の行為を選択すべきであった」すなわち「別様の規範意識を持つべきであった」という評価を告知すること、これこそが非難であり、その非難を現実化したものが刑罰である。この非難は、行為者が将来同様の状況に陥ったとき、および他の一般国民が同様の状況に陥ったとき、犯罪行為を選び採ることを防止するための条件付けを与えるために加えられるものである。そして、このように「べきであった」という非難を加えるためには、当然に「その対象たる「意思」が、非難ないし刑罰によって影響を受けうるものであることが前提とされなければならない」⁶⁰。このような可能性判断が責任能力判断であり、これは換言すれば、行為時における「刑罰適応性」もしくは「刑罰適応能力」ということができるのである。

平野博士の論における「責任能力＝刑罰適応性」の概念は、非決定論的自由意思に基く「有責行為能力」と区別するために主張された概念である、というところにその特徴がある。そしてその具体的な内容は、行為時において、刑罰という条件が加えられるならば他の行為を選択することが行為者の主観的事情において可能であったか否か、という回顧的な判断であり、新派の主張する、受刑時において再社会化の手段としての刑罰に適応することが可能であるか否か、という将来展望的な判断とは大きく異なるものである。ただし、平野博士の主張する「刑罰適応性」判断も、回顧的判断をその本質とするとはいえ、それが犯罪予防という将来展望的な目的のために行われるものである、という点に留意する必要がある。したがって、より正確に言うならば、平野博士の主張する「刑罰適応性」判断とは、将来展望的な目的のために行われる回顧的判断、ということができるであろう。

では、このように捉えられた刑罰適応性にとって、行為者と被告人＝受刑者

⁶⁰ 平野「意思の自由と刑事責任」前掲注42.『刑法の基礎』25頁。

の間の心理的同一性の問題は、どのように考えるべきものであろうか。ここで、平野博士の主張する刑罰適応性を把握しやすくするために、行為時点を時点①、裁判時を時点②、受刑時を時点③、そして行為者＝被告人＝受刑者 A が、刑に服した後、将来また同様な外的状況に置かれた場合を時点④とする。この場合、平野博士の刑罰観によれば、刑罰は時点①において犯罪行為を行ってしまったところの人物 A が時点④において再び時点①と同じような外的状況に置かれた場合に、再び犯罪行為を行うことが無いよう、時点③において刑罰という手段による新たな条件付けを、A の心理的側面に加える、ということである。このように考えると、時点④における人物 A は、時点①における人物 A とほぼ同一の外的・内的条件を有しており、ただ時点③において刑罰を通して加えられた条件付けにより、心理的条件に「時点①におけると同じ犯罪行為を選択するならば、刑罰がもう一度加えられるであろう」という予測が付け加えられており、これにより人物 A は最終的に、時点①におけると同様の犯罪行為を選択しないよう動機付けられる、と予測できる。このように考えた場合、時点②において判断される場所の刑罰適応性とは、時点④における、将来の刑罰予測を除いた心理的条件における能力的側面であり、これは時点①におけるそれと同一のものである。換言すれば、裁判官は時点②において、時点④における人物 A が将来の刑罰を予測し、利害計算を通じて犯罪行為を避けるという反対動機を形成し得るか否か、を予測するために、時点①における行為者のそれを資料として判断する、ということができようであろう、こう考えると、平野博士の主張する責任能力判断＝刑罰適応性それ自体は回顧的な判断であり、行為後の事象または行為時と受刑時の通時的事情は関係が無い、と一応は考えられる。

しかし問題は、平野博士の主張する刑罰は、時点④における人物 A が、時点①におけるそれと同じような外的状況に置かれた場合に、反対動機を形成させることによって犯罪行為に出ることを予防するという将来展望的な目的のために、時点③において加えられるものである、という点である。そのためには、時点④において人物 A は、「自分が再度犯罪行為を選択したならば、以前と同様、刑罰が再度加えられるであろう」という予測ができなければならない。そしてこのような予測が成り立つためには、時点④における人物 A は、時点①にお

いて犯罪行為を行った者、および時点③において刑罰を加えられた者が共に自分である、という一人称的認識を有している必要がある。なぜなら、自身が過去に犯罪行為を選択したが故に刑罰を加えられた、という一人称的認識が無い場合、将来刑罰が再度科されるであろう、という予測は、利害計算の判断基底には組み込まれ得ず、結果として刑罰を加えても条件付けを与え得ないからである。したがって、平野博士の立場からすれば、効果が無いのであれば、被告人＝受刑者を処罰することは正当化され得ないであろう。であれば、結論として、行為者＝被告人＝受刑者の間には、三人称的同一性の存在に加えて、一人称的同一性が存在している事が必要とされる、という事が理解できる。換言すれば、平野博士の刑罰観は、行為者と被告人と受刑者の間の心理的同一性の存在を当然の前提として初めて成り立つ理論なのである。

ここまでで、平野博士の主張する責任能力判断＝刑罰適応性判断それ自体はあくまで行為時に関する回顧的なものであり、行為時の行為者と裁判時・受刑時の被告人＝受刑者との間に心理的同一性があるか否か、という事後的・通時的事象は刑罰適応性判断それ自体とは関係がないこと、しかし、博士の刑罰論からすると、刑罰を科すことを正当化するためには、行為時の行為者と裁判時・受刑時の被告人＝受刑者の間に心理的同一性の存在が要求される、ということを理解することができた。

ここまで見てきた2つの見解は、程度の差こそあれ、決定論と呼ばれるものであった。しかし、自由意思の存在を肯定する非決定論の立場からも、刑事責任能力判断を行為時点の判断に限定するのではなく、ある意味での刑罰適応性と関連させて論じる見解が存在する。次に、非決定論を採りつつ、刑罰適応性に言及する佐伯千仞博士の論を見てみよう。

③非決定論における「責任能力＝刑罰適応性」——佐伯千仞博士の見解

佐伯千仞博士も、「可罰的責任能力は、実質的には刑罰適応性あるいは受刑能力である」と述べ⁶¹、先に見た牧野博士や平野博士と同様、「責任能力＝刑罰

⁶¹ 佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（1984・有斐閣）240頁。以下、佐伯博士の思想を、本書を基に概観する。なお、佐伯博士の刑法思想を概括的に紹介したものとして、中山研一「佐伯博士の刑法思想」同著・前掲注21. 107頁以下、がある。

適応性」との見解を示す。しかし、佐伯博士が採る意思自由に関する見解およびそこから導き出される責任能力概念は、牧野博士や平野博士のそれとは大きく異なるものである。これを考慮せずに、ただ「責任能力＝刑罰適応性」との結論だけに目を向けるならば、議論の文脈を見失うことになる。以下、佐伯博士の意思自由および責任に関する論、そしてそこからどのように「責任能力＝刑罰適応性」という結論が導き出されるかについて、概観してみよう。

佐伯博士は刑罰論に関し、純粋な応報刑もしくは目的刑のいずれかのみに与することはせず、「(これらの刑罰論は：括弧内筆者)、やはり刑法典のうちにとり入れられて複雑な一つの統一体を成り立たせていると考えなければならない」⁶²との立場に立つ。では、応報・一般予防および特別予防は、佐伯博士の刑罰思想の中でいかなる関係にあるのか。これに関して博士は「このような統一は、責任主義を前提とし、特別予防論によりながら、その主観主義を人権保障のために客観的に制限することによってもたらされる」と述べる⁶³。これを博士は端的に、「個々の犯罪に科せられる刑罰の内容を決めるものは、応報刑論や従来の責任論が説くような・・・責任→刑罰」ではなく、「責任→目的→刑罰」という図式で表す⁶⁴。では、この図式の責任・目的について、博士の論に沿ってもう少し詳細に見てゆこう。

まず佐伯博士は、意思自由の問題に関し、非決定論の立場を採る⁶⁵。その上で、責任非難の本質を応報的なものとして定義する。すなわち、「刑罰は、その相手方として・・・社会生活上の道理あるいは規範を理解し、かつ、それに従って意思を決定し行動する能力と可能性とを備えていると考えられる人（もっと正確にいえば、そのような可能性があるにもかかわらず犯罪行為をあえてしたと考えられる人）を予想しているのである。刑罰には、このような行為者に対して「君は、君が避けなければならず、かつ避けえたはずの非行を、君の責任においてあえて行ったものである」という叱責と非難すなわち責任の追及が含

⁶² 佐伯・前掲注61. 78頁。

⁶³ 佐伯・前掲注61. 78頁。

⁶⁴ 佐伯・前掲注61. 79～80頁。

⁶⁵ 佐伯・前掲注61. 239頁。ただし、博士は意思自由の問題を積極的に肯定し、非決定論に与するのではなく、「法・道徳などのいわゆる人倫の世界では、このように、人間は自由なものとして——少なくとも——擬制されているのである」と述べていることに留意しておく必要がある。

まれている。これが責任主義といわれるものである」と⁶⁶。しかし、博士の思想においては、刑罰は上述のような回顧的性格につけるものではない。「むしろ、それを超えたより現実的な目的の設定を伴っているのである。すなわち、それは行為者に対して・・・それを行ったことについて法および社会に対して謝罪するとともに自分の規範意識を強め、これから後はまともな法秩序の担い手として社会に復帰することを決意させようとするものである。責任非難は、このような目的の定立を伴い、かつ、この目的実現の手段の考究において、刑罰が登場するのである」⁶⁷。換言すれば「個々の犯罪に科せられる刑罰の内容を決めるものは・・・責任非難を前提とはするが、それによって直接決定されるものではなく、その責任非難が設定する目的によって決定されるのである」ということになる⁶⁸。

このように佐伯博士は、刑罰論を本質的に「責任主義を前提とする特別予防の理論」として展開しつつ、これを抑制するものとして罪刑法定主義を位置づける。そしてこれは「一般予防の作用をも適当に発揮しうる」とする⁶⁹。そして博士は、このような、犯罪に対する刑罰が決定されるまでの思考過程を「可罰的評価」⁷⁰と呼ぶ。これは換言すると次のように言うことができるであろう。すなわち、行為に対する応報的責任非難は、行為者に対して刑罰を科すことを許容することに関して正当化根拠を与えるものであり、刑罰正当化の前提条件ではある。しかし、行為者にまさに刑罰という手段を持って処するための必要十分条件的正当化根拠は、その上さらに特別予防的目的を持って初めて与えられる、と。このような思考方法を当てはめて考えてみるならば、行為者に対する処罰は、行為時に着目した応報的責任の存在によって、その正当性が原則的に一応は推定されるものの、その処罰が将来に着目した特別予防的目的の観点から正当化され得ないものである場合には、原則的に存在すると推定された正当性が、例外的に否定されることになる、という結論になる。では、このような原則から例外へ、という二段階の型的思惟から、責任および責任能力はいか

⁶⁶ 佐伯・前掲注61. 78～79頁。

⁶⁷ 佐伯・前掲注61. 79頁。

⁶⁸ 佐伯・前掲注61. 79～80頁。

⁶⁹ 佐伯・前掲注61. 80頁。

⁷⁰ 佐伯・前掲注61. 81頁。

なるものとして把握されているのであろうか。以下、これを概観してゆこう。

佐伯博士は法規範の評価規範と命令規範のうち、違法論においては評価規範に、責任論においては命令規範に着目する。すなわち、「法規範は、その命令機能においては、人の心理内で作用する1つの力として、他のもろもろの動機あるいは刺激と協力したり抗争したりしながら、個々の場合における正しい意思決定の成立に関与しているのである。このように人の主観（内心・意思）に向けられた命令・禁止（あるいは当為）は、ときに義務とも呼ばれるが、責任はまさしくこのような義務との関連において理解されなければならない」⁷¹と述べるのである。そして、「責任非難が、このように法規範の命令機能との関連において考えられるものである限り、それはまた、この命令機能の可能な限界内にとどまらざるをえない」とも述べ、この命令機能の限界として「第一に、その相手方（Adressat）が、その命令・禁止の意味を理解し、かつ、この理解に従って意思を決定する能力を備えた人（能力者）でなければならず、さらに第二に、その能力者が、問題の行為をなした際に、実際にその能力を正当に発揮できるような状況にあったことが要求される。このようにして初めて、行為者に適法行為を期待することができるのである」⁷²と述べるのである。このように考える場合、責任能力の評価とはすなわち、行為者が「命令・禁止の意味を理解し、かつ、この理解に従って意思を決定する能力を備えた能力者」であったか否か、の評価ということになる。

このように、行為責任・規範的責任主義を採用する佐伯博士ではあるが、これはあくまで行為時における行為者の内心に関する規範的評価であることに注目すべきである。しかし、博士の責任観は行為時点に尽きるものではない。「刑法上の責任は、刑罰という国家の目的意識的な活動をよびおこす要件であるということからして、その内容も刑罰目的による色づけあるいは規定を避けることはできないのである。・・・責任もまた、それが刑法上の意味をもつ（刑事責任である）ためには、可罰的責任として特殊化することを要する」⁷³と博士は述べる。そして「この可罰的責任の特徴は、行為者が単に法規範の命令・禁

⁷¹ 佐伯・前掲注61。226頁。

⁷² 佐伯・前掲注61。226～227頁。

⁷³ 佐伯・前掲注61。232頁。

止を理解しそれに従って行為できたにもかかわらずそのように行為しなかったということだけでなく、さらにそれ以上に、そのような行為者の非難性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ような性質のものである」⁷⁴とも述べる。このように博士は、行為時点における規範的責任の存在を前提としつつ、刑罰を科すことを正当化するためにはさらに可罰的責任の存在が要求される、とするのである。そして、この場合の規範的責任の存在は回顧的観点から判断されるものであり、これは行為時に焦点を当てて判断されるものであるのに対し、可罰的責任の判断とは、先の「責任→目的→刑罰」の図式に当てはめて考えるならば、特別予防という目的に照らして、刑罰という劇薬の使用が許容され得るか、という事後的な、ある意味で将来展望的な判断である、ということができる。博士はこのような型的思惟を、特に責任能力に関して次のように明らかにする。すなわち、「自由の主体として扱われるために、その人が備えていなければならない条件が、法律上は責任能力と呼ばれるのである。それは、われわれの社会生活の経験上、社会的要求を正しく理解し、かつそれに従って意思を決定しようと考えられる人間の類型である。・・・以上は、責任能力の一般的な説明（規範的責任能力）であるが、刑罰の前提である刑法上の責任能力となるためには、それはさらに刑法的な色づけを受けなければならない。・・・この可罰的責任能力は、実質的には刑罰適応性あるいは受刑能力であるということができる」⁷⁵。このように博士は、責任を問う必要的前提として、行為時における弁識・制御能力をその内容とする規範的責任能力を要求しつつ、その上さらに、受刑時における刑罰適応性あるいは受刑能力の存在を要求し、この2つの能力を合わせて「可罰的責任能力」と呼ぶのである。そしてこの刑罰適応性・受刑能力の実質的な内容とは、「一般的な規範的責任能力が・・・刑罰を科すことによってその効果を期待できる程度に達していることである。それは、逆の面からいえば、刑罰という強力な対抗措置を必要とする程度の反規範的性情が備わっていることを意味する」⁷⁶。このように、佐伯博士の刑事責任観においては、行為時の行為者の心

⁷⁴ 佐伯・前掲注61. 232頁。

⁷⁵ 佐伯・前掲注61. 240頁。

⁷⁶ 佐伯・前掲注61. 240～241頁。

理的事情に関する責任主義的観点に照らした判断と、受刑時の行為者＝受刑者の心理的事情に関する、特別予防的事情の判断（これも実質的には裁判時に将来展望的に判断することになる）の、二段階の判断がなされ、この2つに関して肯定的判断がなされて初めて、行為者に関して可罰的責任能力の存在が肯定されることになるのである^{77 78}。

では、佐伯博士の論における可罰的責任能力にとって、心理的同一性はいかなる意味を有するであろうか。博士の論においては、可罰的責任能力判断には、行為時点に関する判断と、行為後の事象に関する判断の二段階の判断があること、そして後者に関する判断は特別予防的見地から判断されるものである、と

⁷⁷ 佐伯博士の論は、主として14歳以下の者の不処罰、および刑事未成年者の成人との取扱の違いの根拠づけをその主眼としたものであることは指摘しておくべきであろう。しかし、その論を貫徹するならば、博士の主張は必ずしもこの範囲にのみ限定されるものではない、と考えられる。

⁷⁸ 佐伯博士と同様に、法の世界において、少なくともその存在を擬制されたものとして自由意思の存在を肯定する内藤謙名誉教授も、佐伯博士と同様、責任能力に関する二段階の評価を支持する見解を示す。内藤名誉教授は次のように述べる。すなわち、「責任能力は、行為にあたって、法規範としての決定規範・・・の命令・禁止を認識・理解し、かつ、その認識に従って意思を決定し行動しうる能力であり、決定規範の名宛人（対象者）となりうる適格である。・・・しかし、そのような「規範的責任能力」がないとは必ずしもいえない場合にも、責任能力を否定する場合がある。・・・責任判断は刑罰を科すための前提として行われるものであり、その法的非難は刑罰を手段とするものである。それゆえ、特別予防・一般予防の観点からみて、刑罰を手段として処罰に値する程度の「可罰的責任能力」があるかどうかを、「規範的責任能力」の性質と程度を問題とする点で、責任を阻却・軽減する方向に向かって考える必要がある（内藤・前掲注2. 795～797頁）。同様の見解は、浅田和茂教授によっても支持される。浅田教授は次のように述べる。すなわち、「私見は・・・（責任能力判断において：括弧内筆者）・・・「規範的責任能力」と「可罰的責任能力」を区別し、前者が「決定規範の名宛人たる能力」として「有責行為能力」を指すのに対し、後者は、それを前提としたうえで的事実的・政策的・規範的な判断としての規範的責任能力が一定の程度に達していることおよび「刑罰適応性」を指すものと解している」（浅田和茂『刑事責任能力の研究・下巻』（1999・成文堂）82頁）。内藤名誉教授・浅田教授の見解は共に、可罰的責任能力をいかなる観点から判断すべきかについての見解の相違はあるものの（内藤名誉教授はこれを特別予防・一般予防の両観点から判断すべき、とするのに対し、浅田教授は一般予防的観点に関してはこれを「行為者の能力が一般人より低い場合にも、一般予防を理由に責任能力ありとする方向に傾きやすい（浅田・83頁）」としてこれを批判し、特別予防的観点を中心にこれを判断すべき、と主張する）、「規範的責任能力」と「可罰的責任能力」の二段階の責任能力判断を支持し、前者は回顧的観点から、行為時に焦点を当ててこれを判断するのに対し、後者は予防的・展望的観点から、将来に焦点を当てて判断すべき、とする点で佐伯説と共通するのである。また、「一般的な意思の自由は、規範的要請として擬制されている」とする山中敬一教授も、可罰的責任および可罰的責任能力の概念を支持し、これを「刑事政策的目的に架橋されるべき概念として構想されなければならない」とする。この刑事政策的目的とは、山中教授が刑事未成年のこれを例として取り上げていることを考えるに、第一義的には特別予防的目的を指す、と考えられる（山中敬一『刑法総論第2版』（2008・成文堂）590、595～596頁）。

いうことをこれまで概観してきた。しかし、後者の判断は、博士が主張するように、予防的・将来展望的観点に尽きるものであろうか。ここで、先に牧野・平野両博士の論に関する考察で引用した前田教授の見解に再度注目すべきである。すなわち、「非難の観点を抜きにすると、特別予防の面から見ても効果に問題が生ずる。行為者が非難に値しないのに処罰された場合、「不運の故に罰せられた」と思うに過ぎないからである」⁷⁹。これは、非決定論に立脚して論を進めるとしても、同様に当てはまるであろう。すなわち、行為者が、過去の行為に対する非難として刑罰を科されている、ということを一人的に理解できない限り、刑罰の特別予防的効果には悪影響が生じる、ということである。それゆえ、佐伯博士の可罰的責任能力の判断においても、結局のところ、非難の観点、すなわち応報という回顧的観点に照らした判断が必要となるのである。そして、この応報という回顧的観点からは、行為者と被告人＝受刑者の間に心理的同一性の存在が要求される。この点については詳しくは後述するが、これは換言すれば、行為時点の行為者と裁判時・受刑時の被告人＝受刑者の間に心理的同一性が存在しない場合、行為時点を取り出してみる限りにおいては、有責に行為するために要求される心理的能力すなわち規範的責任能力を有していたものの、裁判時において、この行為に関して責任を帰責されるために必要な心理的能力は有しておらず、したがって可罰的責任能力が否定される、という結論になるであろう。すなわち、まず行為時点に着目するならば原則的に被告人の処罰は正当化されるものと考えられるが、行為時から裁判時および受刑時という通時的視点で見ると、原則的に正当化されると考えられた被告人の処罰が、例外的にその正当性を否定される、という結論になるのである。

④まとめ

これまで見てきたように、決定論・非決定論のいずれの文脈においても、責任能力と刑罰適応性（刑罰適応能力）を関連させる論が存在する。これは換言すれば、刑罰を科す前提としての刑事責任を判断するに際して、行為時だけに着目するのではなく、行為後の事情も考慮する見解、と評することができる。

⁷⁹ 前田・前掲注41. 25～26頁。

ここでまず、意思自由に関して、どちらの立場を採るか、本稿の立場を明確にしておくべき必要があるが、決定論と非決定論のいずれを支持するかは深遠な問題であり、現時点でこの問題に結論を出すことはできない。しかし、佐伯博士が指摘するように、意思自由が存在論的に存在するかどうかは留保するとしても、少なくとも「現実のわれわれの社会生活においては・・・人は・・・自由の主体として自らも行動し、また他人からも取り扱われるというのが現実であ（り：括弧内筆者）・・・人は自由なものとして・・・擬制されている」⁸⁰との前提のもとに考察を進めるのが適当である。

では、このように非決定論に立脚した場合、結局のところ、本稿の主題である、犯罪行為に関して記憶を本質的に有していない、すなわち、行為時の行為者と裁判時・受刑時の被告人＝受刑者の間に心理的同一性が存在しない、というケースは、従来の刑事法の心理的能力に関する議論において、どこに位置づけられるべきものであろうか。この点について考えるにおいて、佐伯博士の示す、行為時における規範的責任能力判断と、裁判時＝受刑時における可罰的責任能力の二段階の判断、という視点は注目に値する。刑事責任を問う、ということはすなわち、行為者が行為時に自己の自由意思に基いて選び取った規範違反行為に関して、行為者に対して事後的に非難を加える、ということである。この非難の具体的な形として、刑罰が存在する。佐伯博士の論によれば、刑事責任能力に関する一段階目の判断として、この「行為時に自由意思に基づいて行為を選び取った」といえるかどうか、に関する判断としての規範的責任能力の判断があり、これを前提として、二段階目の判断として、「事後的に刑罰というかたちで非難を加えられる者として適格かどうか」という判断を加えた判断として、可罰的責任能力判断がある。これは、Merkelの述べる、責任原理と応報の差異、という観点とパラレルに考えることができるであろう。すなわち、規範的責任能力判断は、行為時における行為者に視線を集中し、責任原理から要請されるものである。これに対し可罰的責任能力判断は、「刑罰を加えられる者として適格かどうか」ということを問うもので、この意味で、「責任能力は、「刑罰適応性」と内的連関をもっているように思われる」⁸¹のである。問題は、

⁸⁰ 佐伯・前掲注61. 239頁。

⁸¹ 内藤・前掲注78. 797頁。佐伯博士、浅田教授も同様の見解を示す（佐伯・前掲注61.

この「刑罰を加えられる者として適格かどうか」をいかなる観点から判断するか、である。佐伯博士、また注78. で見たように、博士と同様に可罰的責任能力の見解を支持する内藤名誉教授や浅田教授は共に、可罰的責任能力判断のうち、事後的な判断に関する部分を、予防、その中でも特に特別予防、という将来展望的な観点から判断すべき、とする⁸²。しかし、行為時という過去における規範的責任能力の存在を肯定できたからといって、即座に将来にのみ目を向けることができるのであろうか。ここに本稿の問題意識の主眼がある。結論から言うと、規範的責任能力の存在を肯定できたからといって、直ちに将来展望的な視点に目を移すことはできない、と考えられる。判断の対象は行為時→受刑時に直結することはできない。なぜなら、刑事手続においては、必然的に行為時→裁判時→受刑時が問題となるからである。以下、この問題に関して詳述する。

上述のように、佐伯博士他、可罰的責任能力の概念を支持する論者は、行為時という過去と、受刑時という将来の2つの時点に集中して議論を行う。ここでは、行為時の行為者と裁判時の被告人と受刑時の受刑者が同一人物である、という通時的事情が、言及するまでもない当然の前提とされている。換言すれば、裁判時に裁判官の目の前に立っている被告人が、行為時の行為者と同一人物である、ということが当然の前提とされ、それゆえに、まさにこの被告人と同一人物であるところの受刑者が、受刑時に刑罰というかたちで当該犯罪行為に関する責任を引き受けるにふさわしいか否か、という判断を行うことが可能となる。無論、可罰的責任能力の概念を支持する論者が主眼とする刑事未成年においては、原則としてこの前提を当然のものとすることができよう。しかし、本稿で考察の主眼としている、行為時の行為者と裁判時の被告人と受刑時の受刑者の同一性が問題となるような事例の場合、この通時的事情、特に行為時の行為者と裁判時の被告人が同一人物である、ということが当然の前提とし得ない、というところに特徴がある。身体的・三人称的には同一人物である。しかし、心理的・一人称的には同一人物とはいえないのである。この場合、どのように判断すべきか。

240頁。浅田・前掲注78. 82頁)。

⁸² 山中教授も、同様の見解を採る、と見ることができるであろう(山中・前掲注78. 596頁)。

責任能力を刑罰適応性と内的連関を持つもの、すなわち、刑罰というかたちで犯罪行為に関する責任を問われるために行為者＝被告人＝受刑者が有しているべき能力、と定義するならば、まず問われるべきは、行為時に弁識・制御能力を有していたか、という規範的責任能力の存在である。では、次に問われるべき点は何か。刑事手続が必然的に行為時→裁判時→受刑時という時系列を辿るものであるならば、次に問われるべきは、裁判時に裁判官の眼前にいる被告人が、犯罪行為に関する責任を問われ得るにふさわしい者か、という点ではないか。これが問題となる場合としてまず想起されるのは、被告人が行為者・真犯人ではなかった場合である。これは換言すれば、被告人と行為者の間に身体的・三人称的同一性が存在していない場合、ということができるだろう。この場合は当然に、被告人に刑事責任を問うことはできない。しかし、裁判時に被告人を、犯罪行為に関する責任を問われ得るにふさわしい者とするために必要とされるものは、この身体的・三人称的同一性のみで足りるのであろうか。答は否、である。刑事裁判が、当該被告人に犯罪行為に関する責任を問うべきか、すなわち刑罰を科すべきか否か、を判断する場である以上、まずここで問題とされるべきは、当該被告人が受刑時に刑罰というかたちで具現化される犯罪行為に関する責任を引き受ける者となり得るか、という点である。ここで、Merkelの「あらゆる正当な刑罰は応報という要素を含む」⁸³という指摘に着目することは有益である。刑罰を第一義的に応報として正当化する場合、行為者と受刑者の間に身体的・三人称的同一性のみならず、記憶をその内実とする心理的・一人称的同一性も要求されることは、以前拙稿にて論じた⁸⁴。そして、刑事責任判断とは、ある意味で裁判時における「受刑時に被告人＝受刑者に刑罰を科すことが正当化され得るか否か」という将来展望的な判断である。であれば、受刑時に被告人＝受刑者に刑罰を科すことが正当化され得ない、すなわち被告人＝受刑者が、過去に行われた犯罪行為に関する責任を引き受けるにふさわしい者となり得ることを否定する不可逆の事情が裁判時に確定的に存在するのであれば、裁判の時点において、当該被告人に対する刑事責任は否定されるべきではないか。これは予防という将来展望的目的に特化した見地からの

⁸³ Merkel, a.a.O.(Anm.5),S.510

⁸⁴ 拙稿・前掲注1。「刑事責任と人格の同一性(2・完)」25～28頁。

判断ではない。あくまで「この者に犯罪行為に関する非難を帰属させ得るか」という、応報的・回顧的見地からの判断である⁸⁵。そして、責任能力の本質が、犯罪行為に関して責任を問われ得る者となるために、当該行為者＝被告人が有しているべき心理的要素、であるならば、本稿で主眼としている、行為時の行為者と裁判時の被告人の間に、記憶を内実とする心理的・一人称的同一性が不可逆的に存在していない、という事情はやはり、責任能力の問題として位置づけられるべきものであろう。

ここで、「不可逆的」という言葉に言及しておくことは有益である。我々が日常生活の中で再三経験するように、ある出来事に関する記憶は、時として忘れ去られ、また時として、後になって再度想起される。犯罪行為に関しても同様のことがないとは言い切れない。よって、次のことは明確にしておく必要がある。本稿の考察の対象としての、行為時の行為者と裁判時・受刑時の被告人の間に一人称的＝心理的同一性が存在しない場合とは、解離性同一性障害患者における副人格の行為に関する主人格の場合のように、また逆行健忘患者たる被告人の場合のように、行為に関する記憶を裁判時に不可逆的・本来的に喪失しているような場合であり⁸⁶、裁判時の被告人が当該犯罪行為に関する記憶を単に一時的に喪失している場合は、考察の射程の範囲の外にある。したがって、正確には次のように言うべきであろう。すなわち、裁判時に被告人を、過去に行われた犯罪行為に関する責任を引き受けるにふさわしい者として同定するために被告人が有しているべき精神的能力、すなわち責任能力とは、行為時の行為者と裁判時の被告人の間に、記憶を内実とする一人称的・心理的同一性が裁判時においてまさに存在していること、ではなく、それが存在する可能性があること、である。この一人称的・心理的同一性の存在の本質的・不可逆的

⁸⁵ 団藤重光博士は、刑事未成年者が刑事責任能力を否定されることに関し、「それは単なる刑事政策的なものではなく、基本的に——非難を加えるのを妥当とするかという点で——責任理念によって規制されるものである」とされるが、責任能力を「刑罰という非難を引き受けるのにふさわしい者」が有しているべき能力、と定義づける点で、同趣の見解と考えられる（団藤重光『刑法綱要総論第三版』（1990・創文堂）275頁）

⁸⁶ たとえば、解離性同一性障害の診断基準の1つとして「重要な個人的情報の想起が不能であり、それは通常の物忘れでは説明できないほど強い」という点が挙げられている（高橋三郎他訳『DSM-IV-TR 精神疾患の診断・統計マニュアル新訂版（原書：American Psychiatric Association, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorder-Forth Edition-Text Revision）』（2004・医学書院）509頁）。

不可能性が証明されて初めて、刑事責任能力を否定する根拠となる、と考えるべきである。また、責任能力が生物学的要素と心理学的要素の2つの構成要素から成り立つことに鑑みるに、この、記憶を内実とする一人称的・心理的同一性の喪失は、解離性同一性障害や逆行健忘といった、精神医学的に証明される障害としての生物学的要素を根拠として判断されるべきであり、通常の物忘れを根拠とし得るものでないことは言うまでもない。

また、筆者が構想する意味における刑事責任能力は、裁判時にその存在が要求される精神的能力、という意味で訴訟能力と共通するが、これらはいかなる関係に立つのであろうか。訴訟能力とは「被告人としての重要な利害を弁別し、それに従って相当な防御をすることのできる能力」⁸⁷であり、具体的には「訴訟の場面で・・・防御の主体として他の訴訟関係人に働きかけるなどのコミュニケーションが正常に行える能力である」⁸⁸と定義される。これは、まさに裁判の時点で、他者との関係においてその存在が要求される精神的能力、ということができる。これに対し筆者が構想する意味における刑事責任能力は、行為時の行為者と裁判時の被告人の通時的関係において、裁判時にその存在が要求される精神的能力であり、訴訟能力とは別個のものである⁸⁹。

では次に、筆者が構想する意味における刑事責任能力と受刑能力の関係はどうか。受刑能力に関しては、「裁判によって・・・(刑に：括弧内筆者)服していることを認識し得る能力」⁹⁰と定義されるが、これはまさに受刑時においてその存在を要求される精神的能力である。これに対し筆者が構想するところの刑事責任能力はある意味で、受刑時に「裁判によって刑に服している」という認識が存在するであろうという将来的展望、という点で受刑能力と内的連関を有するが、これは裁判時に判断されるものであり、受刑時に存在することが要求される受刑能力とイコールではない。よって、厳密には次のように言うことが適切であろう。すなわち、裁判時に、自身の行為に関して責任能力がある、と認定された者は、原則的には受刑能力を有するものとされる。この意味にお

⁸⁷ 最決平7・2・28刑集49巻2号481頁。

⁸⁸ 白取祐司『刑事訴訟法第6版』(2010・日本評論社) 38頁。

⁸⁹ 無論これは、解離性同一性障害や逆行健忘といった不可逆的記憶喪失の事例において、訴訟能力が否定される可能性を否定するものではない。指宿・前掲注4。参照。

⁹⁰ 青柳文雄『五訂刑事訴訟法通論下巻』(1976・立花書房) 657頁。

いて、責任能力と受刑能力は内的連関を持っている、ということが出来る。しかし、責任能力ありとされて有罪宣告を受けた後、受刑期間中において実際に受刑能力に障害を来たした者は、例外的に刑の執行を停止されることになるのであり、これは責任能力判断とは異なるレベルの判断、ということが出来るのである。

4. 結語

これまで当然の事として見過ごされてきたことであるが、刑事責任とは、犯罪「行為」に関し、「行為者」に対して加えられる非難、である。団藤重光博士はこの点を次のように明言する。「刑罰はいうまでもなく行為者に加えられるものである。それは犯罪（行為：括弧内筆者）のゆえに科せられるものであるが、非難が帰せられるのは行為者である。したがって、刑罰を考えるについては、犯罪についての非難可能性を犯罪の当時におけるものとして固定的に考えてはならない。むしろ、現在の行為者人格について、犯罪についての非難可能性の大小を考えるべきである」⁹¹。しかし、従来の議論においては、このうちの「行為」に対する非難が可能か、という点に注意が集中され、行為時点における「行為者」の主観的側面が責任判断の主たる対象、とされてきた。そして、行為時において行為者に責任の存在が認められる場合、裁判時および受刑時において「行為者」と身体的・三人称的観点から同一人物とみなされる者、すなわち被告人＝受刑者に対して責任を問うことができることは当然の前提とされてきた。しかし、本稿における考察で明らかになったように、裁判時における「被告人」が、行為時における「行為者」と同一人物である、と当然のようには見なし得ない場合も存在する。この場合、行為時において行為者に責任が「ある」ということはできても、裁判時において、この責任に対する非難を、行為者と同一人物であると第三者的には見なしうるところの者に「帰し得る」と無条件で言うことはできないであろう。

⁹¹ 団藤・前掲注85、472～473頁。ただし、団藤博士がこれを、刑罰論と人格形成責任論を結びつける文脈の中で述べられること、また、刑罰を本質的に応報としながらも、これに刑事政策的内容を盛ることのできる根拠としてこのように述べられることに留意する必要はあるだろう。

しかし、本稿ではなお論ずべき点が残されている。まず、意思自由の問題に関して、本稿ではこれを「一応、非決定論の立場に立つ」との前提の下に議論を展開したが、刑事責任を本質的に考察するためには、意思自由の問題を避けて通ることはできない⁹²。今後の課題としたい。

また、「責任」そのものに関しても、さらなる考察を要する。本稿では佐伯博士の「規範的責任能力から可罰的責任能力へ」という二段階の考察の枠組みを借りて、行為時の行為者と裁判時の被告人の間に心理的同一性が認められない場合には、行為時における規範的責任能力および責任は存在したが、裁判時に回顧的に見て、この責任を帰属させるための通時的精神的能力、すなわち責任能力が否定される、という結論を導いた。これは従来の刑法体系に当て嵌めるならば、犯罪成立要件について考えるとこの犯罪論における「責任」の段階で責任能力は認められるが、当該被告人＝受刑者を処罰することは許されるのか、という刑罰論の段階において、責任能力を否定する、という見解である。しかし、そもそも犯罪論と刑罰論は厳密に区別することができるものであろうか。責任とはそもそも、行為時の行為者の主観的事情に限定されるものなのであろうか。責任が、その存在の必然的有り様からして事後的に問われるものであることを考えるならば、事後的に問われ得ない責任はそもそも存在しない、とする可能性もあるのではないか。この点は、責任の存在論的意義に遡って考察すべき問題であり、本稿の扱う範囲を超える。今後の課題としたい。

⁹² 近年、脳・神経科学の世界において、人間の意思は全て脳・神経の生理的機能に還元し得る、として、意思自由の存在を否定する見解も存在することが報告されている（福井裕馬「脳と責任能力」こころのりんしょう à-la-carte 28巻3号（2009）129頁以下。このような見解に関する刑法学者の考察として、代表的なものとして、増田豊『規範論による責任刑法の再構築——認識論的自由意志論と批判的責任論』（2009・勁草書房）397頁以下。