

松 山 大 学 論 集
第 35 卷 記 念 号 抜 刷
2 0 2 3 年 12 月 発 行

責 任 能 力 の 機 能

明 照 博 章

責任能力の機能

明 照 博 章

目 次

- 一 本稿の目的
- 二 責任能力の機能・役割
- 三 責任能力と刑罰の前提である責任の関係
- 四 結論

一 本 稿 の 目 的

責任能力について、ドイツ刑法は、「精神障害に基づく責任無能力」に関して「行為の遂行に当たり、病的な精神障害、根深い意識障害、又は精神薄弱若しくは重大なその他の精神的偏倚のため、行為の不法を弁別し又はその弁別に従つ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」（ドイツ刑法 20 条）とし¹⁾、「限定責任能力」に関して「行為の不法を弁別し又はこの弁別に従つて行為をする犯人の能力が、第二〇条に列举された理由により、行為の遂行に当たり著しく低減していたときは、第四九条第一項に従つてその刑を軽減することができる」（ドイツ刑法 21 条）とする²⁾。

これに対して、日本刑法は、「心神喪失又は心神耗弱」に関して「心神喪失者の行為は、処罰しない」（日本刑法 39 条 1 項）、「心神耗弱者の行為は、その刑を減輕する」（同 2 項）と規定するだけであり、「心神喪失」・「心神耗弱」の内容については何ら示さず、これに代わって、大審院が次のように定義する³⁾。

1) 法務大臣官房司法法制調査部編 [宮澤浩一訳] 『ドイツ刑法典』（昭 57 年・1982 年）11 頁。

2) 法務大臣官房司法法制調査部編・前掲注(1) 11 頁。

3) 大判昭 6・12・3 刑集 10 卷 682 頁。以下「昭和 6 年判決」という。

すなわち「心神喪失ト心神耗弱トハ孰レモ精神障礙ノ態様ニ屬スルモノナリト雖其ノ程度ヲ異ニスルモノニシテ即チ前者ハ精神ノ障礙ニ因リ事物ノ理非善惡ヲ辨識スルノ能力ナク又ハ此ノ辨識ニ從テ行動スル能力ナキ状態ヲ指稱シ後者ハ精神ノ障礙未タ上叙ノ能力ヲ缺如スル程度ニ達セサルモ其ノ能力著シク減退セル状態ヲ指稱スルモノナリトス」と判示する⁴⁾。つまり、心神喪失は、「精神ノ障礙」により、「精神ノ障礙ニ因リ事物ノ理非善惡ヲ辨識スルノ能力」（事理弁識能力）又は「此ノ辨識ニ從テ行動スル能力」（行動制御能力）が欠如する状態（責任無能力状態）を指し、心神耗弱は、「精神ノ障礙」により、上記の能力が欠如する程度には達していないが、著しく減退した状態（限定責任能力状態）を指すものとする⁵⁾。それゆえ、日本においても、責任能力に関しては、「精神ノ障礙」により、「精神ノ障礙ニ因リ事物ノ理非善惡ヲ辨識スルノ能力」（事理弁識能力）又は「此ノ辨識ニ從テ行動スル能力」（行動制御能力）が欠如

4) 昭和6年判決は、昭和6（1931）年12月3日に下されているが、小野博士は、「このときドイツ刑法第五条はまだ改正されていなかったが、一読してドイツ刑法改正諸草案、特に一九二五年の草案から影響を受けていることが明らかである。（しかし、必ずしも同趣旨ではない。）当時審議中で、総則はすでに一応完成していた改正刑法仮案第十四条が参考となったことも想像される」とする（小野清一郎「責任能力の人間学的解明（二）」『ジュリスト』368号（昭42年・1967年）121頁。なお、改正刑法仮案第14条は「心神ノ障礙ニ因リ事理ヲ弁別スル能力ナキ者又ハ事理ノ弁別ニ從テ行為ヲ為スノ能力ナキ者ノ行為ハ之ヲ罰セス能力減弱シタル者ノ行為ハ其ノ刑ヲ輕減ス」とする）。佐藤准教授は、「昭和六年判例の定式には、当時行われていた刑法改正作業における草案、及び同草案作成においても参照された当時のドイツ刑法草案の強い影響が見て取れる」とする（佐藤文彦「刑事責任能力の判断について－原理・基準・適用(2)」『法学協会雑誌』137巻11号（令2年・2020年）64頁）。

5) 日本法における議論の変遷（佐藤文彦「刑事責任能力の判断について－原理・基準・適用(1)」『法学協会雑誌』137巻9号（令2年・2020年）106頁以下）を踏まえて、佐藤准教授は「現行刑法三九条が、『精神障礙ニ因ル行為』か否かが決定的であり、その段階に応じて規定を書き分けるべきであるという観念に基づきながら、法律上その意義を決することのできる規定として制定されたものであること、現行刑法制定直後の学説においては、正常な精神状態・通常的意思決定という観点から責任能力を把握するのが一般的理解であったこと、一九二〇年代に至ると、かかる観点が原理的基礎づけや具体的適用をもって、さらに理論化されるとともに、（自由意思の表現としてではなく）正常な精神状態・通常的意思決定を表するものとして、昭和六年判例同様の定式が支持されていたことが明らかとなった」とする（佐藤・前掲注(4) 63頁）。さらに、安田拓人「責任能力」『法学教室』500号（令4年・2022年）83頁参照。

しているか（欠如の場合、行為者は「心神喪失」者とされる）、あるいは、「精神ノ障礙」により、上記の能力が欠如していないが、著しく減退しているか（著しい減退の場合、行為者は「心神耗弱」者とされる）という枠組みで、その存否が判断されている⁶⁾

このように、日本では、責任能力の存否・程度に関する要件（心神喪失・心神耗弱）の内容が判例によって補充されているが、責任能力の捉え方は必ずしも一致していない。そこで、本稿では、責任能力の機能・役割に関する議論を概観した上で、近代における統治機構論を踏まえて責任能力と刑罰の前提である責任⁷⁾の関係に関して素描したい。

私は、松山大学への赴任以来、公私にわたり、妹尾克敏教授には大変お世話になっている。教授の退職にあたり、本稿を捧げることができることは私にとって無上の榮譽である⁸⁾。

二 責任能力の機能・役割

1 責任能力

責任能力は「有責的に行為する能力」である⁹⁾

刑法は、「刑事責任を問うために」「行為者に一定の能力」を要求するが¹⁰⁾、それは「非難としての刑罰を科し得る能力」であり¹¹⁾「行為者に責任非難をみと

6) なお、以下では、「刑法」という表記は、日本刑法と表記しない場合であっても「日本刑法」を意味するものとして使用する。

7) Vgl. BGHSt. 2, 194 ff.

8) 妹尾克敏教授の専門領域は、憲法・地方自治法である（妹尾克敏『現代地方自治の軌跡』（平16年・2004年）、同『合併の論理と情動』（平21年・2009年）、同『地方自治の統治機構』（令2年・2020年）等参照）。そこで、本稿では、統治機構論に関しても触れることにした。

9) 川端博『刑法総論講義』第3版（平25年・2013年）419頁、山口厚『刑法総論』第3版（平28年・2016年）271頁、高橋則夫『刑法総論』第5版（令4年・2022年）373頁。井田良『講義刑事学・総論』第2版（平30年・2018年）399頁は「有責に行為するための能力」とする。

10) 松宮孝明『刑法総論講義』第5版補訂版（平30年・2018年）173頁。

11) 西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法総論』第3版（平31年・2019年）298頁。

めるための基礎としての、行為者が刑法の規範を理解し、それに適合した行為をなし得る能力」である¹²⁾。それゆえ、責任能力は、「違法行為に出たことにつき行為者に法的非難を加えるために必要な要素」であり¹³⁾「刑事責任を認めるためには、行為者が規範意識を働かせて規範ないし価値に従って行動しうる能力を備えていなければならない」ことになる¹⁴⁾。

2 事理弁識能力／行動制御能力の要件の位置づけ

冒頭に示したように、刑法は、39条に規定する「心神喪失／心神耗弱」の内容を示しておらず、これに代えて、昭和6年判決が具体的内容（「事理弁識能力」と「行動制御能力」）に言及しているが、上記のように、責任能力は、刑法上、行為者に「刑事責任を問う」／「責任非難を加える」ために要求される能力であるから、責任非難と責任能力の関係が問題となる。

責任能力に関して、「判例・学説上、精神の障害に基づいて行為の違法性を認識する能力あるいはそれに従って行動を制御する能力がない場合が心神喪失であり、そうした能力の少なくともいずれかが著しく減少している場合が心神耗弱だということには、おおむね見解の一致がある」とする指摘があるが¹⁵⁾、最近、行動制御能力の必要性が議論されているので、まず、それぞれの見解を概観することにする。

(一) 行動制御能力を必要とする見解

(1) 責任非難の対象となる人間像

安田教授は、「刑法が予定する人間像は、理性に基づいて刑罰法規にふれる

12) 川端・前掲注(9) 419頁。

13) 井田・前掲注(9) 399頁。

14) 松原芳博『刑法総論』第3版（令4年・2022年）235頁。

15) 安田拓人『刑事責任能力の本質とその判断』（平18年・2006年）20頁。ただし、佐藤准教授は、日本法における議論の変遷を踏まえて、上記のような理解は、昭和6年「当時の学説の一般的理解ではなかった」とする（佐藤・前掲注(4) 65頁）。

違法な行為を思いとどまることができる答責的存在としての人間」であるとする¹⁶⁾。これを前提として、「人はお互いが自己答責的な存在であるという前提のもとに、法共同体を構成し、相手方が刑罰法規にふれる違法な行為に及ばないことを信頼し合いながら生活している。しかし、このような信頼は、一定の理由により、その前提が崩れた場合には、成り立たないことがありうる。その一つが、精神の障害に基づき責任能力が失われている場合であり、このような場合には、人はその者が法規範に従って犯行を思いとどまることを期待しえないこととなる」とする¹⁷⁾。

(2) 事理弁識能力と行動制御能力の位置づけ

安田教授は、行動制御能力を必要とする見地から、次のように指摘する。

まず、事理弁識能力（認識能力）と行動制御能力（制御能力）の関係について、「構成要件該当事実であれ行為の違法性であれ、それ自体としては認識できたとしても、精神の障害の影響により、その社会的な意義や規範秩序における意義を正常に把握できていないのであれば、違法性の認識が形だけあったという理由でもって、精神の障害が認識面に及ぼした影響を度外視するような判断はあってはならないことである。学説上一般にとられている認識能力の定義によっては、実務上、認識面の障害として捉えられている内容が完全にはカバーされえず、両者にはずれがあるのだとすれば、むしろ、認識能力についても制御能力と区別せず、包括的な判断枠組みにより検討した方が実際上は優れている面もあるように思われる」とする¹⁸⁾。

行動制御能力（制御能力）に関して、「制御能力は、行動をコントロールし犯罪を遂行する、エンジンに関わる能力ではなく、犯行を思いとどまる、ブレ

16) 安田拓人「刑法における人間」『法律時報』80巻1号（平20年・2008年）45頁。

17) 安田・前掲注(16)46頁。「法共同体」の意義（及びその変遷）は、村上淳一『近代法の形成』（昭54年・1979年）1頁以下参照。

18) 安田拓人「責任能力の具体的判断枠組みの理論的検討」『刑法雑誌』51巻2号（平24年・2012年）138頁。

ーキに関する能力である。それゆえ、制御能力の有無・程度の判断は、必然的に、実際には作動させられなかったブレーキが機能しえたのかという仮定的な判断にならざるをえない。すなわち、判例における総合判断において考慮される犯行前後の行動など、認定可能な具体的事情は、全て具体的犯行を推進するエンジンに関わる事情であり、ブレーキに関する能力は、こうした事情からダイレクトに判断できるものではないのである」¹⁹⁾

橋爪教授は、「実務的には、弁識能力と制御能力を分けて認定するのではなく、両者を一体として判断することが一般的であるといわれる。たしかに弁識能力・制御能力は、いずれか一方が喪失・減弱していれば、心神喪失・心神耗弱が認められるのであり、両者の概念を厳密に切り分けることに実益は乏しい。理論的にも、両者は、自分の行為の意味や違法性を認識しつつ、それによって犯行に出ることを踏みとどまろうとすることによって、いわば犯行に対するブレーキとして一体的に機能するのであるから、両者を一体的に評価することも十分に可能であろう。もっとも、かりに両者の区別を相対化するとしても、制御能力の観点から、全く意味がないわけではない。たとえば一定の法益侵害行為に出ることが許されないことであると十分に理解していたが、精神の障害によって衝動に抗することができず、犯行に至った場合は、これを弁識能力、制御能力いずれの問題として理解するかはともかくとして、39条の適否を問題とすべきである」²⁰⁾そして、教授は「制御『能力』という表現は、仮定的判断に基づく他行為可能性（制御し、犯罪に出ないことが可能であったこと）を前提としているが、むしろ、いかなる状況下で制御することを期待すべきか、あるいは、制御しなかったことを非難の対象にできるかを問題にすることも考えられよう」²¹⁾

19) 安田・前掲注(18) 138頁。

20) 甲斐克則編「橋爪隆」『刑法の重要課題をめぐる日中比較法の実践』（令2年・2020年）38-9頁。

21) 甲斐編「橋爪」・前掲注(20) 55頁。

(二) 行動制御能力を重視しない見解

(1) 責任非難の対象となる人間像

樋口教授は、「理性基準の支持者の中には、そもそも法とは人間の相互理解に基づく交流を基礎に置くものであって、理性を欠いた者はその交流に参加しえないという発想が見受けられる」と指摘する²²⁾

(2) 事理弁識能力と行動制御能力の位置づけ

樋口教授は、責任非難と責任能力の関係について、次のように説明する。

まず、「責任非難の程度を測定するにあたって、法益及び規範を軽視する人格的な態度が問題にされている」とするならば、「犯行から犯人の何らかの人格的な態度を看取できることが責任非難の前提になる」と推論する²³⁾ 次に、「犯行に何らかの形で犯人の価値観が現れているとしても、法益及び規範を軽視する態度は欠落している、あるいは弱いという場合があります。この場合、責任判断の基盤は確保されているものの、積極的な責任非難を行う理由が欠如あるいは減弱するといえる」とする²⁴⁾ その上で、責任能力の判断対象をより具体化するものとして「犯行が被害者に痛みを与え、第三者の憤激を招き、法的制裁という帰結を招くといった犯行の有する社会的意味合いについて、現実味を持って理解し、衡量に入れられる精神能力を有していたかを問題にする」という提案をする²⁵⁾

22) 樋口亮介「責任能力の理論的基礎と判断基準」『論究ジュリスト』19号(平28年・2016年)194頁。樋口教授が「理性基準の支持者」の発想を援用しているかは必ずしも明確ではないが、本稿では、教授がこの発想を「責任能力の構築」のために援用しているものと解することとする。

23) 樋口亮介「責任非難の構造に基づく責任能力論」『刑法雑誌』58巻2号(令元年・2019年)176頁。

24) 樋口・前掲注(23)177頁。

25) 樋口・前掲注(23)178頁。樋口教授は「責任能力とは、犯罪意思を状況に応じて得失を衡量しながら形成し、適切な手段で遂行する能力、及び、犯罪の社会的・法的意味合いと犯罪への反作用として社会的・法的非難が生じることを理解し、考慮に入れて行動する能力をいうと解される」とする(樋口・前掲注(22)198-9頁)。

樋口教授は、行動制御能力は論理的には必要ない要件とする見地から²⁶⁾ 責任能力を次のように位置づける。すなわち「規範的責任論は、国民に対して刑法を遵守することを規範的に要請するものである。ただ、規範的な要請が酷なものにならないよう、行為者個人の能力・属性を考慮することが求められる。もっとも、行為者のあらゆる能力・属性を考慮すると、あらゆる犯罪者が免責されることになりかねない。犯罪を思いとどまる能力は精神障害を持たない犯罪者も欠落しているとみうるからである。規範的要請が酷になることを回避するという見地からは、行為者の状況認識能力や状況への対応能力を考慮すれば足りるというべきである」とする²⁷⁾。そして、「責任能力判断の内実として、①価値観の介在、②犯行の意味合いを理解・衡量するための精神状態その他責任非難に関わる事情を取り上げるとして、最終的には程度判断を下す必要がある」とする²⁸⁾。

三 責任能力と刑罰の前提である責任の関係

二では、責任能力の機能・役割に関する議論を概観したが、以下では、「近代の理念」に遡り、「責任非難を加える」ために要求される能力である責任能力の機能・役割について検討を加えることにする。

刑法の効果である「刑罰」は「責任を前提とする」とされる²⁹⁾。刑罰は、国家が日本国内で犯罪行為を行った者に対して刑法を適用した結果（刑法1条）科

26) ただし、樋口教授は「本稿では、犯行を思いとどまるという意味での制御能力を不要と解するものの、犯行を思いとどまることができなかったとされる局面について、常に責任能力を認めるというわけではない」ことを肯定する（樋口・前掲注(23) 179頁）。

27) 樋口・前掲注(22) 199頁。「規範的要請が酷になることを回避する」という点に関連して、清野検事は「『行為者が犯罪の決意をしたのは病気のせいであって本人のせいではない。そのような意思決定を非難するのは、行為者に酷であり、国は非難を控えるべきである。』とするのが、社会常識に最も合致し、裁判員の腑に落ちる説明と思われる」とする（清野憲一「責任能力判断枠組の再構築」『刑事法の理論と実務③』（令3年・2021年）66頁。高嶋智光（検事）「責任能力と精神鑑定」『新時代における刑事実務』（平29年・2017年）61頁参照）。

28) 樋口・前掲注(23) 179頁。

29) BGHSt. 2, 194 ff.

される。すなわち、刑罰は、「犯罪に対する法律上の効果として行為者に科せられる法益の剝奪（制裁）を内容とした処分」³⁰⁾であり、「国家によって犯人に科せられる」ものである³¹⁾。そうすると、「自由の基礎法である」近代憲法³²⁾を前提としてもなお、上記の法益剝奪（制裁）が強要される根拠が問題となる。そこで、以下では、「近代の理念」を前提とした刑法・刑罰の位置づけについて検討する。

1 近代における刑法・刑罰の役割

(一) 近代における国家の役割—人権の保障体系を憲法に記載すること

刑法の目的は、ロクシンによれば「国民のために、全ての国際的に承認された人権を守りながら、平和で自由な共同生活を保障すること」にある。これは、「憲法の諸原則」から導かれ、「国家論上の民主主義の根拠」からも導かれるものであり、この根拠は、「ヨーロッパの啓蒙主義とそれから発展した社会契約という思考モデル」に由来する³³⁾。言い換えれば、国家は、その権限が憲法（設計図）に記載されることを通じて、主権者たる国民の権利を保障する統治体系が明示される。すなわち、憲法は、国民の権利（人権）を規定する部分とその人権保障に資する統治体系を規定する部分（統治）に分かれるが、これによって、憲法は、主権者たる国民から国家に対してなされた「人権保障に資する統治体系の構築」に関する「委託・要請」を明示していることになる。

30) 高橋和之＝伊藤眞＝小早川光郎＝能見善久＝山口厚編集代表『法律学小辞典』第5版（平28年・2016年）295頁。

31) 川端・前掲注(9) 681頁。

32) 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法』第8版（令5年・2023年）10頁。さらに、芦部〔高橋補訂〕・注(32) 10頁は、近代憲法は「自由の法秩序」であり、「自由主義の所産」とする。

33) Roxin, „Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland“ GA 2011, S. 680 [ロクシン〔佐藤拓磨訳〕「ドイツの理論刑法学の最近の状況について」『日本刑法学会第87回大会（学会創設60年記念大会）レジュメ集（2009年5月30日(土)・31日(日)：明治大学駿河台キャンパス アカデミーコモン内アカデミーホール）』（平21年・2009年）6頁参照]。

(二) 憲法を前提とした刑法の在り方—人権保障を担保するための刑法

次に、ロクシンは、「ヨーロッパの啓蒙主義とそれから発展した社会契約という思考モデル」に従えば、国民の安全と自由を保障するために必要な限度で、国民は、国家権力の担い手として政府を設け、その政府に暴力の独占を委ねるとし、それゆえ、国家は、決して思うままに全てのことをやってよいわけではなく、人々の安全と自由にとって必要である場合にのみ禁止を設定してよいのであるとする³⁴⁾

敷衍すると次のようになる。国家は、刑法の設定及びその運用を通じて、国民の行為を直接拘束することができる。しかし、国家は、その行為を人権保障体系としての憲法によって拘束されている。それゆえ、国家が刑法の設定及び運用を通じて行うことができる「国民の行為を直接拘束できる範囲」は、国民の権利（人権）保障とその前提となる安全保障（治安維持）に必要な限度に限定されることになる。逆に言えば、国家は、国民からの「委託・要請」により、「自由で安全な生活が可能な社会が実現する」こと、具体的には「秩序維持に不都合な事態を回避し、仮に生じた場合、事態の鎮静化を行う」ことを義務づけられ、その限度で権限を行使するという関係が生じる³⁵⁾ この関係を規律する法律が、刑法の設定及び運用に関わる法律であり、より具体的に言えば、刑法及び刑事訴訟法の他、刑罰に関わる関連法令である³⁶⁾

(三) 刑法に基づき国民の行為を直接拘束できる範囲

上記の通り、国家が刑法の設定及び運用を通じて行うことができる「国民の行為を直接拘束できる範囲」は、国民の権利（人権）保障とその前提となる安全保障（治安維持）に必要な限度に限定されることになる。

34) Roxin, a. a. O. [Anm. 33] S. 680 [佐藤訳・前掲注(33) 6頁参照]。

35) 「国家の刑罰の意義と限界」に関しては、C. ロクシン [宮澤浩一監訳／井田良訳] 『刑法における責任と予防』（昭59年・1984年）1頁以下参照。

36) 「平和と法」に関しては、村上・前掲注(16) 195頁以下参照。

この点に関して、ロクシンは、平和で安全な人間の共同生活にとって必要不可欠の「前提条件」を「法益」と名づける³⁷⁾。そして、法益は、刑法上初めから絶対的に保護されるのではなく、社会的な共同生活の必要性に関連づけられた公共的な拘束の範囲内において保護されると指摘しつつ³⁸⁾、右の「前提条件」がなければ、私たちの現代社会において全ての国民の権利を保障しながら、平和で自由な共同生活はあり得ないとする³⁹⁾。

(四) 「国民の自由」(動的要素)と「国民の安全」(静的要素)の関係

国家が刑法に基づき「国民の行為を直接拘束できる範囲」は、社会的な共同生活の必要性に関連づけられた公共的な拘束の範囲であり、初めから絶対的に保護される範囲が決まるわけではない。それゆえ、この範囲を決定するためには、「国民の自由」(動的要素)と「国民の安全」(静的要素)という価値の衡量が必要となる。

ただし、両者は比較不能な価値であることに留意する必要がある。すなわち、「国民の自由」(動的要素)について、国家の個人の行動に対する規制が少ない方が、個人は、より多くの自由を享受できる。一方、「国民の安全」(静的要素)について、国家の個人の行動に対する規制が多い方が、個人は、より多くの安全を享受できる。このように「国民の自由」(動的要素)と「国民の安全」(静的要素)は、国家の個人に対する行為規制による効果が相反するため、同一の基準で比較することが不可能であるため、両者を衡量することは、「常に」恣意的になるおそれがあるのである。したがって、近代国家における国家(統治機構)の在り方として、「人権保障に資する統治体系の構築」することが絶体条件であると考えた場合、「どのような国家(統治機構)が『国民の自由』(動的要素)と『国民の安全』(静的要素)にとって、最もよく両立し得るか」と

37) Roxin, a. a. O. [Anm. 33], S. 680 [佐藤訳・前掲注(33) 6頁参照]。

38) Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 5. Aufl., 2020, S. 393.

39) Roxin, a. a. O. [Anm. 33], S. 680 [佐藤訳・前掲注(33) 6頁参照]。

いう視点から、検討する必要があるが、国民の人物像としては、次のような設定をおく必要がある。

(五) 近代国家(近代市民社会)を構成する構成員(国民・市民)の性格(人物像)

近代国家(近代市民社会)とその構成員(国民・市民)の関係について、川島博士は「典型的な市民社会は、絶対主義権力に對し自己を主張して自由を獲得したところの近代的市民の社会であり、経済的自律に基礎づけられたところの自律的な獨立的な『社会』である。市民社会の第一の根元的な構造は、それが『自由な個人』のみで成り立つということである。封建的=絶対主義的な拘束(政治的・社会的また道德的)から解放された『自由』な個人の營利的活動が、経済生活および社会生活の原動力となつたのである」とする⁴⁰⁾。言い換えれば、市民法秩序は「『自由で平等な個人』の間の『契約』に基づく社会」(契約社会)において築かれるものであり⁴¹⁾、契約は「自由で平等な個人の自由な意思に基づく」ものである⁴²⁾。

「近代市民社会」は、「理念としての市民社会」、「歴史的系譜の中で生まれてきた市民社会」等、視点により、その内容が異なるものとなり得るが⁴³⁾、ここでは、「理念としての市民社会」の市民(構成員)は、「自由な個人」のみで成立している点を確認したい。そして、この個人は、川島博士によれば、「一人前の」「自主的な人間」であり、「自らの責任を自覺し、自己の行為を單獨に決

40) 川島武宜『法社会学における法の存在構造』(昭25年・1950年)112頁。

41) 水町勇一郎『労働法』第9版(令4年・2022年)11頁。

42) ただし、「自由で平等な個人」の間の「契約」に基づく契約社会が成立すれば、問題がすべて解決するわけではない。むしろ、市民法と工業化が結びついたとき、不安定な雇用状況や劣悪な労働条件・労働環境で働くことを余儀なくされる人が増加する(水町・前掲注(41)12頁)。このような弊害が「顕在化し深刻化する」中で、そこに現れた「労働者の肉体的・経済的危険と人間的不自由を是正する技法」として、「集団」法としての「労働法」が「発明」された(水町・前掲注(41)13頁。労働法の成立過程に関しては、水町・前掲注(41)10頁以下、同『詳解労働法』第2版(令3年・2021年)3頁以下、第3版(令5年・2023年)3頁以下参照)。

43) 村上淳一『ドイツ市民法史』初版(昭60年・1985年)、新装版(平26年・2014年)2-6頁[引用は後者による]。

定し得、また規律し得るような自主的人間人格」を有する者である⁴⁴⁾

本稿において議論の対象とする「刑法」は、近代国家を前提とした近代法であり、規律対象となる社会は、近代市民社会であるとする、その構成員は「自由な個人」であり、「自主的人間人格」を有している⁴⁵⁾。そして、「自主的人間

44) 川島・前掲注(40) 113 頁。

45) 「自主的人間人格」の内容については、佐山教授の見解が示唆的である。教授は、いじめの解消という文脈において、「完璧な偽善者」の概念を提示する。すなわち、「完璧な偽善者」とは、「自分が悪人であることを徹底的に隠し、少しもぼろを出すことなく、死ぬまで善人の仮面を外すことなく生きていく人間」であり、「真の偽善者」とは、「あらゆる人にたいして善人を装うことができる人であり、誰の前でもどんなときにも人格の仮面を決して外さない偽善者のことである。言い換えれば、自分のすべての分人が偽善者になるよう監督できる人」であるとする(佐山圭司『いじめを哲学する』(令4年・2022年) 212 頁。なお、教授が指摘する「完璧な偽善者」と「真の偽善者」の関係が問題となるが、文脈上、同一視できるものと解される)。そして、分人の管理に関して、佐山教授は、「完璧な偽善者」は「自分の分人たちの仮面と演技を知っているがゆえに、自分の偽善を自覚している」とし(佐山・注(45) 213 頁)、「自分のなかの悪と真摯に向き合い、悪を人格という仮面の下に完全に抑え込むことのできる人」とする(佐山・注(45) 214 頁)。上記のような意味での「完璧な偽善者」となれば、「『自由な個人』であるにも拘らず『自主的人間人格』を有すると、『近代社会』を構成できる」という関係が成立するものと考えられる。

次に、「『自由な個人』であるにも拘らず『自主的人間人格』を有すると、『近代社会』を構成できる」という関係が成立する歴史的過程に関しては、村上教授の整理が有益である。

教授は、「絶対制国家」になって「中間的団体」が「政治的に無力化され」、「政治的自律性」が「否認され」た後に、なお「個人＝家長の倫理的自律性を支えたさまざまな団体(その多くは任意的な結社としての性格をもつことになる)」こそが「中央集権の基礎の上に立つ近代国家の強烈な保障」を欠き得ない「市民社会」をして、それにも拘わらず「自律的な独自のな〈社会〉」たらしめたのではないだろうか、と指摘する(村上・前掲注(43) 5-6 頁)。

次に「個人＝家長の倫理的自律性を支えたさまざまな団体」に関連し、アリストテレスの所説が及ぼした影響については、次のように指摘する。すなわち、まず、アリストテレスは、「国家」の本質を「政治社会」と位置づけたことを前提として、「政治社会」を構成するものとされた「市民」とは「非自由人に対して実力による支配を行うことにより家を単位とする労働と生産を統率した、自由人としての家長たちにほかならなかった。したがって、自由人の自由人に対する支配(すなわち実践)が行われるべき政治社会＝国家においては、支配は法による支配、正義に合した支配でなければならなかった」とする(村上・前掲注(17) 2-3 頁)。そして、カントによれば「国家すなわちキヴィタスは、政治社会＝国家論の伝統にしたがって、政治社会と等置される。それは、公民(Staatsbürger, cives)から成る政治社会なのである。いうまでもなく、身分制的特権の批判者たるカントにおいて、『公民』とは自由にして平等の存在である。すなわち、公民は、自己の同意せざる法律に服さないという意味で法律的自由(gesetzliche Freiheit)を享受し、相互に法的拘束を課しえないような上位者を認めないという意味で公民的平等(bürgerliche Gleichheit)を主張しうべきものとされる。しかし、このように定義された法律的自由および公民的平等の原理は、自由人から成る国家における法による支配の原理との連続性を示すものである」

人格」を有する者に関して刑法の文脈で言い換えると、国家（市民社会）の構成員（国民・市民）は、自由に振る舞いつつ同時に安全も確保できる（自由と安全の両立）ために、理性⁴⁶⁾に基づいて刑罰法規にふれる違法な行為を思いとどまる能力のある⁴⁷⁾（自律的で理性的な存在、言い換えれば、自律性と理性

ことを指摘した上で（村上・前掲注(17) 6-7頁）、「アリストテレス以来の政治社会＝国家論が一八世紀末まで影響を残したという事情は、国家ということばの語義の歴史にも反映している」（村上・前掲注(17) 9頁）、つまり「身分制社会の法秩序、自立的諸権力の法共同体という意味での国家の概念が、一八世紀の末に至るまで生命を保ってゆく」とする（村上・前掲注(17) 10頁）。その上で、この「国家概念」は、「アリストテレス以来の政治社会＝国家概念と同一に帰するものであった」と指摘する（村上・前掲注(17) 11頁）。

46) (刑) 法が予定する人物像に関して、安田教授は「刑法が予定する人間像は、理性に基づいて刑罰法規にふれる違法な行為を思いとどまることができる答責的存在としての人間」であるとし（安田・前掲注(16) 45頁）、樋口教授は「法とは人間の相互理解に基づく交流を基礎に置くものであって、理性を欠いた者はその交流に参加しえない」とするが（樋口・前掲注(22) 194頁。この見解の採否については、前掲注(22) 参照）、いずれも前提となる人間像において「理性」という要素を含んでいる点は注目に値する。

47) 平井准教授は、CBT（認知行動療法）的「正統知」として「リスク回避のライフスタイルを自己コントロールすることによる回復モデル」を想定するが（平井秀幸『刑務所処遇の社会学』（平27年・2015年）261頁）、「リスク回避のライフスタイルを自己コントロールすることによる回復モデル」は、「理性に基づいて刑罰法規にふれる違法な行為を思いとどまる能力」の「涵養」を回復モデルとしているものと考えられる。そうすると、「理性に基づいて刑罰法規にふれる違法な行為を思いとどまる能力」は、責任能力（責任非難）の議論を超える広がりをもつことになる。

敷衍すると、次のようになる。

平井准教授は、CBTに関して、これは「リスク回避のライフスタイルの自己コントロールを受刑者個人に要請する規律的テクニックとして、言わば“リスク回避の自己の教育的主体化”を目標とするのである」とする（平井・注(47) 75頁。さらに、26頁参照）。そして、刑罰福祉主義時代における規律（犯罪者個人の内面的「病理」性を「正常」性へと規範化していくようなホリスティックな内面への介入）と比較した場合「CBTは行動への介入にのみ特化するものではなく、内面への介入（認知の変容）を積極的に行うとはいえず、その対象がまったく異なっているのである。CBTにおける犯罪者は規範の全面的書き換えを要する『病理』的人格に蝕まれた異常者ではなく、（われわれとの連続上にいる）認知に歪みを持つ者として理解されており、行動スキルを学習・実践することで、責任あるリスク回避の自己コントロールを継続する倫理的主体となるよう、はたらきかけられる」とする（平井・注(47) 77-8頁）。これを前提として、准教授は、CBT的「正統知」として「リスク回避のライフスタイルを自己コントロールすることによる回復モデル」を想定する（平井・注(47) 261頁）。そして、CBT的「正統知」の涵養は、言い換えれば、「自律性と理性を往還し相互に作用させて自由と安全を両立させる能力を具備する状態にある存在としての人間」の涵養と解される。この点に関しては、平井・注(47) 179頁以下、特に187頁の「絵図」参照。

を往還し相互に作用させて自由と安全を両立させる能力を具備する状態にある存在としての) 人間を設定することになる。

敷衍すると次のようになる。

国家(市民社会)の構成員は、自律的に行動した(「自分が実施したい」ことを計画し、それを実施した)結果、自分以外の他者との関係で、利益相反(緊張)状態となることがある。自律的で理性的な存在としての構成員(自律性と理性を往還し相互に作用させて自由と安全を両立させる能力を具備する状態にある構成員)は、理性に基づき(自律性を発揮した結果生じる)緊急状態を回避・解決するための方策を決定できる者(相手方との対応関係において、緊張状態を回避・解決できる者)を意味すると解される⁴⁸⁾。このような構成員である場合、「自由と安全が両立する」ことになる。それゆえ、上記の「自律的で理性的な存在」とは、「自律性と理性を往還し相互に作用させて自由と安全を両立させる能力を具備する状態にある者」を意味する。そして、刑法上、上記の「自律性と理性を往還し相互に作用させて自由と安全を両立させる能力を具備する状態にある者」を「自己答責的な能力を具備する主体」と呼ぶことになる⁴⁹⁾。

(六) 国家の構成員(国民)に刑罰を科することと構成員の安全の関係

国家の構成員(国民)が「自律的で理性的な存在」であることを前提として、「自由と安全が両立する生活が可能な社会を実現する」ために「国家がその構成員に刑罰を科する」という命題を説明するには、次のような社会化の経路が想定される。すなわち、それは「規範違反が放置されたままでは、規範を拘束的なものとして受け止め、これに従った振る舞いをしようとする心構えが動揺をきたすため、当該違反が法的に許されないものであったことを明らかにし、

48) ここで想定される人間関係は、憲法13条の「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」に、端的に表現されている。

もって規範を遵守していたことが正しいのだということを確証する必要がある。これにより、法を遵守する側の心構えが強化されることにより、法に従った振る舞いが賦活され、もって犯罪が防止されることになる」(積極的一般予防論)⁵⁰⁾ という経路である。

安田教授は、積極的一般予防論の「メカニズムは想像の産物にすぎないとまでは言えないであろう」とするが⁵¹⁾ 法学に隣接する科学(社会学・社会心理学など)を援用して次のように説明すれば⁵²⁾ より積極的な根拠づけが可能となると考えられる⁵³⁾。

社会学の見地から、(法規範などを含む)「制度」は「具体的な個々人を超えた存在であり、その拘束は等しく人々に適用される、という理解である」⁵⁴⁾ と

49) 既述の通り、刑罰の対象(刑法に基づき処罰される対象)となる者は、「理性に基づいて」「自律的に」「刑罰法規にふれる違法な行為を思いとどまることができる」主体である。しかし、このような主体「だけ」で構成された社会では、「論理的には」刑法に基づき処罰されるような事態は「生じない」はずである(佐山・前掲注(45) 211-2 頁参照)。ところが、人間には、生物としての側面がある(衝動性の存在)(佐山・前掲注(45) 214 頁参照)他、「多様性を肯定する社会」では「ある見地から論理的に導出された世界観」とは「異なる世界観」を前提として構築された主体も存在するので(盛山和夫『制度論の構図』(平7年・1995年) 262 頁、小坂井敏晶「主体と責任」『法律時報』90 巻12 号(平30年・2018年) 12 頁参照)、「現実には」刑法に基づき処罰されるような事態は「生じる」ことになる。

ところで、刑法は「多様性の前提となる状態」としての「自由と安全の両立」の基盤となる状態を確保するための基準を示し(Vgl. Roxin, a. a. O. [Anm. 33] S. 680 [佐藤訳・前掲注(33) 6 頁参照])、「自由と安全の両立」を乱す者が刑法が適用される対象となると解される。一方で、多様性を肯定する社会では、「刑罰法規にふれる違法な行為」の場面及びその行為を「思いとどまる」(反対動機に従って行動する)の場面を策定・適用する際には、上で示した「論理的」に導出される事態と「現実」に生じる事態の乖離が生じる。それゆえ、研究者(法解釈学)としては、「刑法が前提とする『論理的に導出された状態』(及びその背景にある世界観)を前提とした基準に基づき現実に生じた状態に対処している場面」に関して、判断者の世界観(視点)を言語化していく必要がある。

50) 安田拓人「一般予防論の現在と責任論の展望」『法律時報』88 巻7 号(平28年・2016年) 9 頁。

51) 安田・前掲注(50) 9 頁。

52) 以下では、「個人」(の了解・認識)を起点とし「制度」(社会・規範を含む)の構造を説明する盛山教授の見解(盛山・前掲注(49)、同『社会学的方法的立場』(平25年・2013年) 参照)を出発点とする。

53) 「積極的一般予防の経験的基礎と規範的限界」に関して、十河隼人『量刑の基礎理論』(令4年・2022年) 163 頁以下参照。

54) 盛山・前掲注(49) 262 頁。

解されるが、このような「個人的な了解」が個人を超えた「制度」となるためには「主客反照的な過程を経て反照的均衡に至る」必要がある（制度が「理念的實在」性を獲得する過程⁵⁵⁾）と指摘されている。社会心理学の見地からは、規範違反の処罰が繰り返されると、「規範違反行為が許されない」という「個人的了解」が「人間から遊離し自律運動するシステム」としての「集団現象」となり、最終的には私たちを「無意識のうちに拘束する」ことになると指摘されている⁵⁶⁾。逆に「規範違反が放置されたままでは、規範を拘束的なものとして受け止め、これに従った振る舞いをしようとする心構えが動揺をきたす」ことになる⁵⁷⁾。さらに、制度が「理念的實在」性を獲得する過程に関しては、飯田教授は「共有知識」の意義とその促進に関する次の指摘が重要である。すなわち、教授は、「共有知識」とは「資格の内容や配置を各メンバーが知っており、かつ、『メンバーがそれを知っていること』をそれぞれのメンバーが知っている」という関係が成立している「状態」を指すとし⁵⁸⁾ある了解が「共有知識」化していれば、その了解からの「逸脱行動をとった人に対し、人々が足並みを揃えて反作用を及ぼす…ことがしやすくなる」。それゆえ、ある了解の「共有知識」化は、その了解が「実効化される確率を大幅に高める」とする⁵⁹⁾。そして、共有知識の促進に関しては、Michael Suk-Young Chwe の所説を引用しつつ、次のように指摘する。「何らかの仕掛けがあれば、共有知識の形成は促進されるであろう。共通体験を提供するメディア、揭示、儀式、祭典、教育、伝承などが人々の生活の中で存在感を保っていれば、そういうものが一切ない

55) 盛山・前掲注(52) 26 頁。「制度」の「理念的實在」性は、「個人的了解」が主客反照的な過程を経て反照的均衡に至った場合に生じる（盛山・前掲注(52) 26-31 頁）。

56) 小坂井・前掲注(49) 12 頁。

57) 「制度」の「理念的實在」性は、「個人的了解」が主客反照的な過程を経て反照的均衡に至った場合に生じるとされるが（盛山・前掲注(51) 26-31 頁）、本稿では、制度が理念的實在性を有するに至った状態は、「人間から遊離し自律運動するシステムとして集団現象は我々を無意識のうちに拘束する」状態（小坂井・前掲注(49) 12 頁）を指すものと解している。

58) 飯田高「資源配分システムとしての『権利』の形成」『法律時報』89 巻 2 号（平 29 年・2017 年）23 頁。

59) 飯田・前掲注(58) 23 頁。

場合と比べて、共有知識は形成されやすくなる」とする⁶⁰⁾

以上を前提とすれば、裁判所の判断に基づく刑罰をもって「当該違反が法的に許されないものであったことを明らかにし、もって規範を遵守していたことが正しいものだということを確証する必要」があり、この確証に基づき、「法を遵守する側の心構えが強化されることにより、法に従った振る舞いが賦活され、もって犯罪が防止されることになる」という「積極的一般予防論」の「構造」は、上記の「規範形成における循環構造」と「規範の自律運動化」の視点を前提としているものと考えられ、そして、この「構造」は、裁判所の判決が「個人的了解」を「共有知識」化する契機を与え、その「個人的了解」が「理念の実在」としての「制度」の状態へと促進されるメカニズム（変化の過程に関するモデル）を示しているものと考えられる⁶¹⁾。それゆえ、積極的一般予防論の「メカニズムは想像の産物にすぎないとまでは言えないであろう」という以上の位置づけを与えることができると考えられる。

(七) 刑罰の対象となる人間（像）－責任能力

日本は「自由の基礎法」である近代憲法の下にあるが、このような体制においても、国家が国民（構成員）の法益剥奪（制裁）を内容とする処分である「刑罰」を科すことができるのは、国家が、構成員からの「委託・要請」により「自由で安全な生活が可能な社会を実現する」こと、具体的には「秩序維持に不都合な事態を回避し、仮に生じた場合、事態の鎮静化を行う」ことを義務づけられ、その限度で刑法を設定しそれに基づき権限を行使するという関係が生じていることに起因する。

国家に対して「委託・要請」できる主体としての「構成員」は、「自律性と

60) 飯田・前掲注(58) 24 頁。秩序形成に関する儀式的役割（中世ヨーロッパ）に関しては、池上俊一『儀礼と象徴の中世』（平 20 年・2008 年）27 頁、服部良久『中世のコミュニケーションと秩序』（令 2 年・2020 年）1-3 頁参照。

61) ここで示した「変化の過程に関するモデル」は、盛山説を出発点とした仮説であり、具体的な関係者に対して、実証的な調査を行い証明された構造を示しているわけではない。

理性を往還し相互に作用させて自由と安全を両立させる能力」を具備する者である（自律的で理性的な存在であり、答責的な主体である）⁶²⁾と「想定」されている。そして、そのような想定を、構成員が「具体的な個々人を超えた存在であり、その拘束は等しく人々に適用される、という了解」を有している場合、それが制度（法規範）の出発点となり、その後、構成員間において、出発点となった「了解」が「主客反照的な過程を経て反照的均衡に至る」場合、「理念の実在」としての「制度」（法規範）となるが⁶³⁾、「主客反照的な過程」は、「人間の相互理解に基づく交流を基礎に置くものであって、理性を欠いた者はその交流に参加しえない」⁶⁴⁾ことになる。それゆえ、構成員は理性的な存在である必要がある。

言い換えれば、構成員は、自律的に行動した（「自分が実施したい」ことを計画し、それを実施した）結果、自分以外の他者との関係で、利益相反（緊張）状態となった場合、「自由で安全な生活が可能な社会を実現する」範囲でその行動を差し控える能力を有し、刑法に基づき義務づけられている。それゆえ、「刑法が予定する人間像は、理性に基づいて刑罰法規にふれる違法な行為を思いとどまることができる答責的存在としての人間」であると解され⁶⁵⁾刑法が課す義務に反する意思決定に基づき行為を行った場合、その意思決定に対しては法的非難が加えられ、刑罰が科されることになる⁶⁶⁾

以上をまとめると、次のようになる。刑罰の前提となる刑法上の「責任は、答責主体としての人格の存在を前提とし、その人格に対して、具体的な行為状

62) 本稿では、「自律性と理性を往還し相互に作用させて自由と安全を両立させる能力を具備する者」を「自律的で理性的な存在」であると解している。

63) この点に関して、拙稿「故意の認定(2)」『松山大学論集』32巻3号（令2年・2020年）163-8頁注(55)参照。

64) 樋口・前掲注(22)194頁参照。

65) 安田・前掲注(16)45頁。

66) ドイツ連邦通常裁判所は「刑罰は責任を前提とする。責任は非難可能性である（Schuld ist Vorwerfbarkeit）」とする（BGHSt. 2, 194 ff. 安田・前掲注(5)77頁、福田平『違法性の錯誤』初版（昭35年・1960年）、復刊版（平11年・1999年）112頁〔引用は後者による〕参照）。

況のもとにおいて適法行為の決意が可能であつたにもかかわらず違法行為を決意したことを理由にして『責任』非難が加えられるのである。責任非難の根本は、価値によって基礎づけられた遵守義務を侵害する点にある。評価規範を前提にして、その評価に適合するように行動することを刑法が命ずることによって、遵守義務が生じ、その義務違反が有責性の内容をなすことになる」のである⁶⁷⁾

そして、「自由で安全な生活が可能な社会を実現する」ためには、「刑法が予定する人間像は、理性に基づいて刑罰法規にふれる違法な行為を思いとどまることができる答責的存在としての人間」と解される⁶⁸⁾。それゆえ、このような人間像を前提とする場合「責任非難が成り立つためには、当該行為者が、自らの行為の違法性を認識することができること、および、それができる場合にはその認識に従って当該行為を思いとどまることができること、の2つが必要不可欠の前提条件となる」⁶⁹⁾。そうすると、責任能力は「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」である⁷⁰⁾と解することができる⁷¹⁾。

67) 川端・前掲注(9) 292頁。

68) 量刑判断の際に重要となる責任非難の程度に関して、司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』(平24年・2012年) 68頁は、「被告人が過去に犯罪を行ってとりわけ懲役刑の執行を受けたような場合は、その被告人は、一般的には、初犯の犯人が有するであろう、罪を犯してはならないという普通の反対動機のほかに、前刑の感銘力と刑の執行による教化改善の結果を受け入れることにより、およそ二度と罪を犯してはならないという反対動機にも直面していたはずであって、この後者の反対動機をも押し切つて再び罪を犯したことで、非難の程度はより重いものがあるということもできる」とするが、このような指摘は、責任非難が可能となる人間(像)として、本文で指摘した「理性に基づいて刑罰法規にふれる違法な行為を思いとどまることができる答責的存在としての人間」を想定しているものと解される。すなわち、ここでの想定は「責任非難が可能となる人間(像)は『自律性と理性を往還し相互に作用させて自由と安全を両立させる能力』を具備する状態にあるから、『自律的な判断』に基づき実行したいことがあっても、他人の法益を害するような行為は、『理性』に基づき『反対動機を形成して』思いとどまることができる。そして、刑の執行は、対象者の『理性』に働きかけて、より強固な反対動機を形成することができる状態に至っている」というものである。なお、薬物事犯のCBTを用いた指導方法に関しては、平井・前掲注(47) 179頁以下参照。

69) 安田・前掲注(15) 75頁。

70) 川端・前掲注(9) 419頁。責任能力は、近代国家を構成する国民が備えることが想定される「能力」であり、国民に「当然に」付与される「資格」と考えられる。

2 刑法（判例）における責任能力の位置づけ

（一）昭和6年判決の位置づけ

近代刑法である日本刑法は、⁷²⁾すべての人間を「自らの責任を自覚し、自己の行為を単独に決定し得、また規律し得るような自主的人間人格」とし（憲法13条参照）、理性に基づいて刑罰法規にふれる違法な行為を思いとどまる能力がある（自律的で理性的な存在としての）人間であることを前提とする。「理念としての市民社会」は、初めから構造が決まった社会において生活する他律的な個人ではなく自律的な「自由な個人」（自律的で理性的な存在としての人間）のみで構成されているからである。⁷³⁾

責任能力の存否に関して、昭和6年判決を前提とすると、心神喪失は、「精神ノ障礙」により、「精神ノ障礙ニ因リ事物ノ理非善惡ヲ辨識スルノ能力」（事理弁識能力）又は「此ノ辨識ニ從テ行動スル能力」（行動制御能力）が欠如している場合をいい、心神喪失状態での行為は「罰しない」ことになる（刑法39条1項）。また、心神耗弱は「精神ノ障礙」により、上記の能力が欠如する程度には達していないが、著しく減退している場合をいい、心神耗弱状態での行為は「刑を減輕する」ことになる（同2項）。

上記の通り、近代国家の国民（構成員）は、「自律性と理性を往還し相互に

71) ドイツ連邦通常裁判所は「責任は非難可能性である。責任という無価値判断でもって（mit dem Unwerturteil der Schuld）、行為者には、適法に行為すること、法に従った決断をすることが可能であったにも拘らず、適法に行為しなかったこと、不法へと決断したことが非難される。責任非難の内的根拠は、人間が、自由で、答責的で、道徳的な自己決定を行う能力があり、したがって、法に従い、不法に抗して決断する能力があることにある」とする（BGHSt. 2, 194 ff. 安田・前掲注(5) 77頁参照。BGHSt. 2, 194 ff.の全体に関しては、福田・前掲注(65) 111頁以下参照。さらに、Unwertの内容（無価値／反価値）に関しては、川端博『レクチャー刑法総論』第3版（平29年・2017年）164頁参照）。

72) 明治政府は、法制の範としてドイツ帝国に求めるようになり、日本の現行刑法は（明治40（1907）年公布、明治41（1908）年施行）、「ドイツ刑法の影響」のもとに制定された（川端・前掲注(9) 19頁）。明治期以降の日本社会の変化に関しては、団藤重光『法学の基礎』第2版（平19年・2007年）57-9頁参照。さらに、イスラエル〔森村敏己訳〕『精神の革命』（平29年・2017年）5頁参照。

73) ここには、上記の通り、「『自由な個人』であるにも拘らず『自主的人間人格』を有すると、『近代社会』を構成できる」という関係が存在することが前提となっている。

作用させて自由と安全を両立させる能力」を具備する状態にある者（自律的で理性的な存在）と「想定されている」が、このような構成員が「具体的な個人を超えた存在であり、その拘束は等しく人々に適用される、という了解」を有している場合、それが制度（法規範）の出発点となり、その後、構成員間において、「主客反照的な過程を経て反照的均衡に至る」場合、「理念的実在」としての「制度」（法規範）となる。言い換えれば、上記の「個人的了解」が「主客反照的な過程を経て反照的均衡に至る」場合、それは「人間から遊離し自律運動するシステム」としての「集団現象」となり、最終的には私たちを「無意識のうちに拘束する」ことになる。

本稿では、『『自由な個人』であるにも拘らず『自主的人間人格』を有すると、『近代社会』を構成できる』という関係を肯定するが、この関係を責任能力の場面において言い換えると、次のようになる。

近代国家の国民は、「自由な個人」であるにも拘らず、「自主的人間人格」すなわち「自律性と理性を往還し相互に作用させて自由と安全を両立させる能力」を具備する状態にある者（自律的で理性的な存在）であるならば、「理性に基づいて刑罰法規にふれる違法な行為を思いとどまることができる」能力、言い換えれば「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」を有しているので、「自由で安全な生活が可能な社会を実現する」「近代国家」を構成できることになるのである。

逆に言えば、『『自由な個人』であるにも拘らず『自主的人間人格』を有すると、『近代社会』を構成できる』という関係は「人間の相互理解に基づく交流を基礎に置く」ものであって、近代社会の礎となる「自主的人間人格」と評価できない者（ここでは「理性を欠いた者」）は「その交流に参加しえない」ことになる⁷⁴⁾。そうすると、「精神ノ障礙」により、「事物ノ理非善惡ヲ辨識スルノ能力」（事理弁識能力）又は「此ノ辨識ニ從テ行動スル能力」（行動制御能力）

74) 行為者に「精神の障害」が認められれば、「必然的に」近代社会への参与「資格」を「喪失する」「わけではない」ことは明確に指摘しておかなければならない。

が欠如し又は著しく減退している場合、近代社会を支える構成員（近代国家の礎となる国民）が具備すると想定されている「自律性と理性を往還し相互に作用させて自由と安全を両立させる能力」が欠如し又は著しく減退していることになるから、その者に対して、刑法上の非難を加えられなくなる又は非難が制限されることになる⁷⁵⁾。

（二）「刑罰法規にふれる違法な行為を思いとどまる能力」としての責任能力という理解の問題点

樋口教授は、「責任能力について、違法性の意識の可能性及び適法行為を行うことへの期待可能性と同列に整理し、違法性を認識する能力と規範意識による動機づけを制御するための精神的・心理的能力が必要との理解が有力である」とした上で⁷⁶⁾ この理解の問題点を指摘する⁷⁷⁾。すなわち、教授は、「規範的責任論の基本構造に立ち返って考える場合、この理解は成り立ち得ない。行為者に対して国家が刑法の遵守を要求するに際しては、法益及び規範を尊重できる法秩序が想定する平均人であれば違法行為をなさなかったかという規範的な判断が問題になると解されている。すなわち、ここでは、当該行為者自身が違法行為を行わない可能性を現に有していたかは問題とされていない。この理解を責任能力に当てはめると、行為者自身が自身の行為の違法性を認識した上で当該違法行為を行わないように動機づけを制御する能力を行為者自身が有していたかを問題にすること自体が不要、ということになる」とする⁷⁸⁾。

75) 行為者が責任無能力者の場合、近代国家は、「精神の障害」がなければ、（近代国家の国民なら）有する「はず」の「自主的人間人格」を、刑罰とは異なる方法で回復させる必要が生じることになる。

76) 樋口亮介「責任非難の意義」『法律時報』90巻1号（平30年・2018年）10頁。

77) 責任要素の相互関係に関する井田教授の整理（井田・前掲注(9) 398頁）。

知的要素	①弁識能力（責任能力の一要素）	②違法性の意識の可能性
動機づけ制御要素	①制御能力（責任能力の一要素）	②適法行為の期待可能性

78) 樋口・前掲注(76) 10頁。

(三) 「精神の障害」による「事理弁識能力」又は「行動制御能力」の欠如又は著しい減退の意義

この点に関しては、佐藤准教授は「現行刑法三九条が、『精神障礙ニ因ル行為』か否かが決定的であり、その段階に応じて規定を書き分けるべきであるという觀念に基づきながら、法律上その意義を決することのできる規定として制定されたものであること」と指摘するが⁷⁹⁾これは、現時点でも重要であると考えられる。

敷衍すると次のようになる。

近代刑法である日本刑法は、すべての人間を「自らの責任を自覚し、自己の行為を単独に決定し得、また規律し得るような自主的人間人格」として扱い（憲法13条参照）、理性に基づいて刑罰法規にふれる違法な行為を思いとどまる能力がある（自律的で理性的な存在としての）人間であることを前提とする。このような者であってはじめて近代社会を自律的に構築する（近代国家の礎となる）「構成員」（国民）となり、刑罰の対象もこのような国民に限定されると解されるからである。

上記を踏まえて、裁判所（昭和6年判決）は、「精神ノ障礙」により、「事物ノ理非善惡ヲ辨識スルノ能力」（事理弁識能力）又は「此ノ辨識ニ從テ行動スル能力」（行動制御能力）が欠如し又は著しく減退している場合、上記の想定が覆されることになるので、これらの者に対して、刑法は、刑罰の対象から外す（刑法39条1項）又は刑の減軽を行う（刑法39条2項）という判断枠組みを採用するものと評価できるのである⁸⁰⁾

79) 佐藤・前掲注(4) 63頁。

80) なお、責任能力の概念に関して、「規範意識が麻痺した常習犯や多数前科者には犯罪行為を思いとどまる能力が低い」ため「責任能力」（市民社会を自律的に構築する（市民社会の礎となる）個人の前提となる能力）が減少するという判断は、「論理的には」あり得（樋口教授は「このような帰結を認める法制度を設計することは立法論としては可能である」（樋口・前掲注(76) 10頁）とする）、将来的には、「主客反照的な過程を経て反照的均衡に至る」場合、裁判所の判断基準になることも否定され得ないと解される。

(四) 当該行為者自身が違法行為を行わない具体的な可能性の存否

規範的責任論の基本構造に立ち返って考えると、行為者に対して国家が刑法の遵守を要求するに際しては、法益及び規範を尊重できる法秩序が想定する平均人であれば違法行為をなさなかったかという規範的な判断が問題になると解され、これを前提とすると、行為者自身が自身の行為の違法性を認識した上で当該違法行為を行わないように動機づけを制御する能力を行為者自身が有していたかを問題にすること自体が不要となるという指摘がある。

上記の「平均人」は、本稿では、「自らの責任を自覚し、自己の行為を単独に決定し得、また規律し得るような自主的人間人格」とであると解するが、これを刑法的観点から言い換えると、「自律性と理性を往還し相互に作用させて自由と安全を両立させる能力」を具備する状態にある者（自律的で理性的な存在）であり、上記の規範的責任論を前提とすれば、「理性に基づいて刑罰法規にふれる違法な行為を思いとどまる能力がある（自律的で理性的な存在としての）人間」を意味するものと解される。

一方で、「行為者自身が自身の行為の違法性を認識した上で当該違法行為を行わないように動機づけを制御する能力を行為者自身が有していたか」が問題となるのは、具体的な事実関係を確定する場面であり、具体的には、行為者には「精神の障害」があったのか、その「精神の障害」は行為者の意思決定に対して影響力を有していたのか、に關係する部分である⁸¹⁾

具体的な事実関係を抜きにした法概念（法令）の適用はあり得ない⁸²⁾「精神の障害」がなければ、事理弁識能力があり、行動制御能力があるため、理性に基づいて刑罰法規にふれる違法な行為を思いとどまる能力があった「はず」の

81) 8ステップモデルを前提とすると「第1ステップから第5ステップ」の部分が該当するものと解される（「8ステップモデル」に関しては、岡田幸之「精神医学がいう『異常』と法律判断」『法律時報』90巻1号（平30年・2018年）39頁以下、同「精神鑑定が描き出す『機序』」『研修』866号（令2年・2020年）3頁以下参照）。

82) 事実の認定と法概念（法令）の適用の關係に関しては、井田良「法令の解釈・事実の認定・法令の適用」『研修』848号（平31年・2019）3頁以下参照。

行為者が「精神の障害」の影響により、理性に基づいて刑罰法規にふれる違法な行為を思いとどまる意思決定ができなかったといえるかを判断する場面においても同様である。法概念の設定において、「平均人」を基準としたとしても、その一事をもって、「行為者自身が自身の行為の違法性を認識した上で当該違法行為を行わないように動機づけを制御する能力を行為者自身が有していたかを問題にすること自体が不要」となるという批判は致命的なものとならないと考えられる。

(五) 「精神の障害」の位置づけ

本稿では、責任能力の存否に関して「精神の障害」を重視する見地に立っている。そこで、最後に、責任能力における「精神の障害」の位置づけを確認することとしたい⁸³⁾。

この点に関して、橋爪教授は、次のように整理する。すなわち、「精神医学において精神病として診断されていない場合であっても、精神状態・精神症状に一定の異常が生じており、それが弁識能力・制御能力に影響を及ぼしうる場合であれば、これを広く『精神の障害』に含めるべきであろう（いわゆる法律病的病気概念）」と指摘し⁸⁴⁾、法律病的病気概念の肯否（医学とは別に法の見地から「精神の障害」の存否／その程度を判断することができるか）には「可知論と不可知論の対立が関係している」とした上で⁸⁵⁾、それぞれの立場とその帰結を次のように示す。すなわち、「不可知論は、精神の障害が意思決定にどのように影響したかを具体的に判断することは不可能であるから、一定の精神疾患については（その疾患に応じて）常に心神喪失または心神耗弱を認めざるを得な

83) 「精神の障害」の位置づけに関する議論の詳細は、竹川俊也『刑事責任能力論』（平30年・2018年）208頁以下参照。

84) 橋爪隆「責任能力の判断について」『警察学論集』70巻5号（平29年・2017年）140頁。橋爪教授の見地に立てば、「法の立場から、どの程度の障害があれば弁識能力・制御能力に影響を与えたと評価するか」が重要となる。「法律病的病気概念」の詳細に関しては、安田・前掲注(15) 66頁以下参照。

85) 橋爪・前掲注(84) 140頁。

いとする。このような理解からは、『精神の障害』は一定の精神病に限定される傾向にあった。これに対して、可知論は、精神の障害が意思決定に与える影響の程度を認識することは可能であり、個別の事例ごとに、その影響の存否・程度を判定すべきであるとする」と説明している⁸⁶⁾。その上で「法律的病気概念」は、基本的に「可知論」の立場を前提とするものと評価することができるとする⁸⁷⁾。昭和58年最高裁決定は「被告人の精神状態が刑法三九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」⁸⁸⁾とし、昭和59年最高裁決定「被告人の精神状態が刑法三九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」とするから⁸⁹⁾、橋爪教授によれば、「可知論」を前提としていることになる⁹⁰⁾。

上記の通り「現行刑法三九条が、『精神障礙ニ因ル行爲』か否かが決定的であり、その段階に応じて規定を書き分けるべきであるという觀念に基づきながら、法律上その意義を決することのできる規定として制定されたものである」とされるが、この思考方法は、「不可知論」と親近性を有するものと考えられる。責任能力の存否・程度を考える際に「精神障礙ニ因ル行爲」かが決定的であるとする思考と「一定の精神疾患については（その疾患に応じて）常に心神喪失または心神耗弱を認めざるを得ないとする」不可知論とする思考は、責任能力の存否・程度と精神医学上の診断結果（病名）を直接結びつける点で類似

86) 橋爪・前掲注(84) 140頁。

87) 橋爪・前掲注(84) 140頁。

88) 最決昭58・9・13裁判集刑232号95頁。

89) 最決昭59・7・3刑集38巻8号2783頁。

90) 稗田雅洋「妄想等が犯行に影響を及ぼした場合の責任能力判断」『刑事法ジャーナル』68号（令3年・2021年）85頁は、最決昭59・7・3・前掲注(89)を引用しつつ、「判例は、限界はあるものの、精神の障害が自由意思に与える影響の程度をある程度は知ることができる」と考える可知論をベースとして判断することを求めている」とする。

の発想にあるからである。

しかし、現在の精神医学では、思考方法に変化があるという岡田教授の指摘は重要である⁹¹⁾ すなわち、教授は「結論としての病気の分類を重視する診断方法は、異常でなければ正常であり、正常でなければ異常であるという二分法になる。また複数の異常があったとき、併存か排他かのどちらかになる。つまり両者が中途半端に混在した状態などは想定しない。最近では、こうしたカテゴリカルな分類（カテゴリー方式）による診断には限界があるとして、ディメンショナルな分類（ディメンション方式）の採用が試みられている。その最も代表的なものがDSM-5である。端的に言うと、ディメンション方式では、精神障害全体について異常と正常との連続体および異常同士の連続体を想定する『スペクトラム概念』を積極的に採用する。そしてケースごとには、精神障害を構成する要素がどのような濃度で認められるかを評価していく。たとえばDSM-5では、統合失調症の周辺には『統合失調症スペクトラム障害』という広がり进行を想定する。そのスペクトラムには、統合失調症のほか、妄想性障害、短期精神病性障害、統合失調症様障害、統合失調症感情障害、そして統合失調型（パーソナリティ）障害などが含まれている。そして個々のケースの症状の評価として、妄想、幻覚、まとまりのない発語、異常な精神運動行動、陰性症状について、それぞれを0（なし）から4（あり、重度）までの5段階で評価する。逆に統合失調症のなかの下位分類としてDSM-IV-TRまでは採用されていた…『妄想型』『解体型』『緊張型』『残遺型』『分類不能型』といった区別をしなくなった。このように精神の異常を位置付けることは、精神障害の病名による括り（くくり）よりも、そして境界線の明確化よりも、それを構成する現象や機能といった個別の要素をより強調することになる」とするのである。

以上から、責任能力の存否に関して「精神の障害」を重視する見地に立つ場合であっても、刑法39条が制定当初想定していた精神医学の状況が変化した

91) 岡田・前掲注(81)法律時報42頁。

以上、「行為者の行為が『精神障礙ニ因ル行為』か」だけで、責任能力の存否・程度を判断することが不可能になっている。それゆえ、精神医学上優位となっているとされる「可知論」を前提として、「精神の障害」が意思決定に与える影響の程度を認識することは可能であるという見地に立ち、個別の事例ごとに、その影響の存否・程度を判定した上で、責任能力の存否・程度を決すべきである。したがって、「精神の障害」に関しては可知論と親和性のある「法律的病气概念」によるべきであると考えられる。

一方で、刑法 39 条は、精神の障害に基づき、事理弁識能力又は行動制御能力が欠如する又は著しく減退している場合、近代社会の構築に関与するために構成員に要求された能力が「精神の障害」により欠如する又は著しく減退するため、一時的に処罰の対象から外す（刑法 39 条 1 項）又は刑の減軽を行う（刑法 39 条 2 項）という処理を行っている⁹²⁾。そうすると、行為者に「精神状態・精神症状に一定の異常が生じて」いるため違法（法益侵害）行為が行われたと評価するには、行為者の意思決定が精神医学的知見に従って「精神の障害」のある状態を前提として行われていることが確認されなければならない。そして、この確認に際しては、病名の確定に関して、裁判上の争点とする必要はないとしても、行為者の意思決定が「精神の障害」に基づくものであることについて、説得力をもたせるためには（さらに、他の精神科医の鑑定意見との対比をするため）、病名が重要になることがあると考えられる⁹³⁾。

92) このような「精神の障害」に関する位置づけに対して、竹川講師は批判的である（竹川・前掲注(83)232 頁以下参照）。

93) 田口寿子「精神鑑定に対する裁判員制度の影響を検証する」『精神神経学雑誌』123 巻 1 号（令 3 年・2021 年）28-9 頁、岡田幸之＝清野憲一＝菅野亮＝田口寿子＝稗田雅洋＝田岡直博〔田口寿子発言〕「座談会 検証『8 ステップ』法曹と精神科医の役割分担を考える」『季刊刑事弁護』93 号（平 30 年・2018 年）96-7 頁、安田拓人「精神鑑定に関する 8 ステップ論の整備・点検」『研修』881 号（令 3 年・2021 年）6-7 頁参照。

四 結 論

本稿では、近代における統治機構論を踏まえて責任能力の機能・役割に関する議論を概観した上で、責任能力と刑罰の前提である責任の関係に関して素描した。

近代における刑法・刑罰の役割という視点から「自由で安全な生活が可能な社会を実現する」ためには、「刑法が予定する人間像は、理性に基づいて刑罰法規にふれる違法な行為を思いとどまることができる答責的存在としての人間」と解される。それゆえ、このような人間像を前提とする場合、責任非難を加えるためには、「当該行為者が、自らの行為の違法性を認識することができること」及び「それができる場合にはその認識に従って当該行為を思いとどまることができること」の2つが「必要不可欠の前提条件」となる。そうすると、責任能力は「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」とであると解することができる。

次に、近代刑法である日本刑法は、すべての人間を「自らの責任を自覚し、自己の行為を単独に決定し得、また規律し得るような自主的人間人格」（憲法13条参照）、つまり「自律性と理性を往還し相互に作用させて自由と安全を両立させる能力」を具備する状態にある者（自律的で理性的な存在）として扱い、理性に基づいて刑罰法規にふれる違法な行為を思いとどまる能力がある（自律的で理性的な存在としての）人間であることを前提とする。このような者であってはじめて近代社会を自律的に構築する（近代国家の礎となる）「国民」（構成員）となるから、刑罰の対象もこのような国民に限定されると解される。

上記を踏まえて、裁判所（昭和6年判決）は、「精神ノ障礙」により、「事物ノ理非善惡ヲ辨識スルノ能力」（事理弁識能力）又は「此ノ辨識ニ從テ行動スル能力」（行動制御能力）が欠如し又は著しく減退している場合、上記の想定が覆されることになるので、これらの者に対して、刑法は、刑罰の対象から外す（刑法39条1項）又は刑の減輕を行う（刑法39条2項）という判断枠組み

を採用するものと評価できるのである。

この点に関して、「責任能力が争われた裁判例」を検討した上で「行為を思いとどまることの困難性は免責を導かない」という結論を導出するものがある⁹⁴⁾。そこで、別稿にて、最近の裁判所の判断枠組みに関して、検討する予定である。

94) 竹川・前掲注(83) 280 頁。