

《 論 説 》

リストの責任能力（帰責能力）論

小坂 亮

序論

第一章 シュミットの責任論

第一節 シュミットによるリスト『ドイツ刑法教科書』の改版

ーリスト＝シュミット『ドイツ刑法教科書』第26版

第二節 シュミットの責任論の評価

ーリストの責任論との比較

小括

第二章 リストの責任能力（帰責能力）論

第一節 リストの責任能力（帰責能力）論の変遷

第一款 リスト『ドイツ刑法教科書』第1～21・22版

第二款 リスト「刑法上の帰責能力」

第二節 リストの責任能力（帰責能力）論の評価

ーシュミットによるリスト『ドイツ刑法教科書』改版との比較

小括

第三章 リストの行為論

第一節 リストの行為論の変遷

ーリスト『ドイツ刑法教科書』第1～21・22版

第二款 リストの行為論の評価

第一款 リストの責任能力（帰責能力）論との関係

第二款 シュミットによるリスト『ドイツ刑法教科書』改版との比較

小括

結論

序論

リストの責任能力論の実際の意義

刑法上の責任能力をめぐる議論は、学派の争いの時代に激しく展開され、責任能力とは犯罪能力または受刑能力のいずれを指すのかというテーマで各論者が真っ向から対立する分野であった⁽¹⁾が、学派の争いが終息した後は、以前のような概念そのものをめぐる議論ではなく、その認定基準といったどちらかといえば各論的な検討が主としてなされるようになった⁽²⁾。比較的近時においては、大阪池田小事件で性格の偏りが認められる被告人について責任能力の程度が争われたこと⁽³⁾等がその1つである。さらに現代においては、精神医学が発展し責任能力のより詳細な基準の検討が可能となったと同時に、人格障害等の問題も大きな課題となっており、裁判実務に寄与をなしうる責任能力論の展開が期待されている。

他方、刑法学では長きにわたって、責任能力は事理弁識能力と行動制御能力からなるとされてきたのに対し、「実務上、弁識能力と制御能力とを明確に区別した上で、具体的な事実関係を各能力に当てはめて両者を個別的にそれぞれ検討するという運用が定着しているかという、必ずしもそうではないように思われる」⁽⁴⁾との指摘もなされるに至っており、上述した課題に対する解決策は十分に提示されているとはいえない。また、裁判員制度が導入されるにあたり、法律の専門家ではない裁判員に法律の専門用語とその概念を理解可能な形で説明することが必要不可欠となることは言うまでもないところ、裁判員に難解な法律概念があることが法務省によって指摘されて、責任能力もその1つに数えられており⁽⁵⁾、そこでは事理弁識能力と行動制御能力についても、「とり

(1) 浅田和茂『刑事責任論の研究 下巻』（1999年、成文堂）77頁以下参照。

(2) 一例としては、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（1）—」上智法学論集50巻3号（2007年）137頁以下参照。

(3) 大阪地判平15・8・28毎日新聞2003年8月29日。

(4) 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（2009年、法曹会）34頁。

わけ裁判員にとっては、この二つの抽象的な概念を区別した上、考慮すべき事実を当てはめて弁識能力の有無と制御能力の有無をそれぞれ判断するという事は困難が予想される」⁽⁶⁾との指摘がなされている。この課題に直面したとき、責任能力について科学的（医学的、心理学的）な専門用語・概念を用いて単に実際の診断基準を述べることは、法的専門概念を科学的専門概念に置き換えるだけであり、裁判員にとって理解の助けとしては不十分なものととどまるであろう。このことを見るなら、現在、そもそも責任能力というものがどのような目的・役割を期待された概念であるか、また、それを達成するためには責任能力という概念自体をいかに考えるべきであるかという本質的な問題が改めて問い直されているということができるとは言えないだろうか。

そうであるとするなら、これまで責任能力概念がいかに位置づけられてきたのかという根源的な点にさかのぼり検討すること、とりわけ、責任能力の定義自体につき学説が明確に二分化されていた学派の争いの時期の学説史を今一度検討し直すことは、重要な意義を有しているということができる。

とりわけ、責任能力については、犯罪と刑罰の本質・目的をいかに考えるか⁽⁷⁾によって、その概念の内容に決定的な差異が生ずることに加え、責任能力が完全でない行為者については、たとえかなり固い応報刑論の立場に立ったとしても応報以外の観点を考慮せざるをえないことは、責任無能力状態で触法行為をした者に対して一切の強制的な措置が許されないと主張する論者が見られないという事実からも明らかであり、行為者の治療・改善を説く近代学派の責任能力論に再び目を向けるのは現代においてもなお有益であると考えられる。特に、近代学派を代表する論者であるフランツ・フォン・リストは、近代学派でありながら客観主義犯罪論を主張したが、筆者がこれまでに進めてきた検

(5) 前掲『難解な法律概念と裁判員裁判』1頁以下参照。

(6) 前掲『難解な法律概念と裁判員裁判』34頁。

(7) 拙稿「刑罰の本質と目的（1）—リストのマルブルク綱領を題材として—」佐賀大学経済論集41巻4号（2008年）29頁以下、拙稿「刑罰の本質と目的（2・完）—リストのマルブルク綱領を題材として—」佐賀大学経済論集41巻5号（2009年）43頁以下参照。

討⁽⁸⁾によれば、その「特別予防論に導かれた客観主義犯罪論」を形成することとなった原因の要は責任論にあると考えられるため、本稿では、その責任論と密接な理論的結びつきを有する責任能力論を検討することとする。リストの責任能力論を検討した場合にとりわけ興味深いのは、リストが近代学派に分類されるにもかかわらず客観主義犯罪論を採用していたとはいえ、近代学派と古典各派が最も対立する分野の一つである責任能力論にあっては、結局のところ刑罰と保安処分は区別されず、リストの客観主義は一般的な評価にあるように妥協の結果と評価せざるをえないこととなるのかという点である。そこで本稿ではこの点を明らかにすることを目指したい。

本稿の構造

本稿は、リストの責任能力論を検討するものであるが、それに先立ってエーベルハルト・シュミットの責任論について検討する。先に言及したとおり、筆者は「特別予防論に導かれた客観主義犯罪論」という基軸のもとにリストの責任論の研究を進めてきたが、そこで触れることがなかったのは、リストの時代の後期に勃興した規範的責任論である。日本の近代学派の論者がこぞって規範的責任論を取り入れたのに対し、リストは規範的責任論を採用しなかったが、詳しくは後述するように、リストと同じ近代学派の論者であるシュミットは、リストの死後にリストの『ドイツ刑法教科書』を第23版以降改版するにあたって、第25版から責任論に関する記述を全面的に改めて規範的責任論を採用した。適法行為の期待可能性が刑法上有責とされるための必要条件であるとする規範的責任論は、もともとは刑法上の責任の基礎に非難という概念を据える古典学派に起源を発する理論であり、古典学派理論にのみなじむものであるとし

(8) 拙稿「リストの責任論—錯誤論におけるリストの動機説の意義をめぐって—(1)」早稲田大学大学院法研論集115号(2005年)83頁以下、拙稿「リストの責任論—錯誤論におけるリストの動機説の意義をめぐって—(2)」早稲田大学大学院法研論集116号(2005年)75頁以下、拙稿「リストの責任論—錯誤論におけるリストの動機説の意義をめぐって—(3・完)」早稲田大学大学院法研論集117号(2006年)89頁以下参照。

ている論者もいる⁽⁹⁾。もっとも他方では、責任の根拠を行為者の性格に求める近代学派の論者もこぞって規範的責任論を採用したという日独両国の実情もあり、この側面から考察するなら、規範的責任論は近代学派の特別予防論にも適合すると考える余地もある。しかしながら、以上のように、特別予防論と規範的責任論の理論的關係性は、いまだ十分に明らかでないにもかかわらず、どの論者も学派に関係なく規範的責任論を受容したことと、その後近代学派理論が急激に退潮したことがあいまって、本格的に問い直されることのないまま今日に至っている。このような理論状況により、リストの理論体系と近代学派理論の研究にとって、さらに、少年犯罪・累犯・触法責任無能力者処遇等をめぐって重要となる責任論一般の研究にとっても、リストの責任論に加えてシュミットの責任論の意義を究明することには大きな意義があるといえる。シュミットの責任論の意義、ならびに、リストの理論体系と規範的責任論との關係を検討することにより、規範的責任論の中核である期待可能性を近代学派理論においても理論中に含むことは可能であるのか、また、もしそれが可能であれば期待可能性は理論体系上にいかに位置づけられるかを明らかにしなければならないであろう。よって、本稿は、筆者がこれまで解明を試みてきたリストの責任論を改版後のシュミットの規範的責任論と比較検討し、責任論全体の問題点を抽出したうえで、リストの責任能力論の検討に移ることとしたい。

そこで、以上のような問題意識から、リストとシュミットの責任論を比較検討し、客観主義的特別予防論たるリスト理論とシュミットが改版によってリスト理論に取り入れようと試みた規範的責任論は整合的であるのか、とりわけ、特別予防論は「規範的」考察になじむのか、また、規範的責任論は責任と処罰根拠を直結させるが、リスト理論はそれらを直結させないからこそ他の近代学派の論者に対する批判を免れていたという検討結果⁽¹⁰⁾を考えた場合、近代学派

(9) このような見解については、佐伯千仞『刑法における期待可能性の思想』（1947年、有斐閣）256頁以下参照。

(10) 拙稿「フランツ・フォン・リストの刑法理論の一断面—責任論・責任能力論を中心として—」刑法雑誌52巻2号（2013年）150頁以下参照。

理論は規範的責任論を受容してよいのかということが問題となる。さらに、リスト理論そのものについて考えるならば、リストの責任論が心理的責任論であるということは、期待可能性を欠く状況を考慮することは不可能であることを意味するのか、また、シュミットがリスト理論に規範的責任論を取り入れたことをめぐっては、期待可能性を考慮するための理論構造として規範的責任論以外に選択の余地はないのかが解明されなければならないであろう。

第一章 シュミットの責任論

第一節 シュミットによるリスト『ドイツ刑法教科書』の改版

―リスト＝シュミット『ドイツ刑法教科書』第26版⁽¹¹⁾

はじめに、リスト『ドイツ刑法教科書』をシュミットが改版したリスト＝シュミット『ドイツ刑法教科書』第26版におけるシュミットの責任論を概観することとする⁽¹²⁾。シュミットは、「有責行為としての犯罪」の中の「責任概念」という項目において、まず、「私法上の不法と同様に、刑事法上の不法もまた、有責な行為である」と記述を始めたうえで、「結果は客観的に (objektiv; 原文ゲシュペルト) 行為者の意思活動に帰する (zurückführen) ことが可能でなければならないだけではない。また、客観的に (objektiv; 原文ゲシュペルト) 行為者の行為と法秩序規範との間に不一致 (Diskrepanz) が存在しなければならない (違法性) だけではない。それだけでなく、主観的 (subjektiv; 原文ゲシュペルト) にもまた、行為者にその違法行為によって、非難 (Vorwurf) が可能でなければならず、行為者の有責判断には、行為者の精神と行為の間の連関 (Beziehung) が、違法と評価する法秩序規範として存在しなければならない」⁽¹³⁾と述べる。そして、「責任概念 (Begriff der Schuld)」とは、「神に対する責任としての宗教、自己 (良心) に対する責任としての倫理、法律として具

(11) Vgl. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 220 ff.

(12) 第25版以降で責任論に関する内容的な変更は見られないため、本稿では最終の版である第26版を用いることとする。

(13) Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 221.

体化した社会の意思に対する責任としての法として、（評価という目的のために）人間の行為に適用されるあらゆる規範領域に生ずるものである」が、このような責任概念には、「これらの規範領域の見地から責任に関する問いが發せられうるのが常に前提であり、次いで、人の特定の行為に否定的評価がなされうるものでなければならない」とする⁽¹⁴⁾。よって、法は客觀的評価規範であり、その規範によって人の行為の性質が客觀的に適法または違法となるのである⁽¹⁵⁾。

しかし、そのように人の行為の適法・違法を客觀的に評価するにすぎない「法の評価規範としての機能に加え、劣らず重要であるのは決定規範としての機能である（原著では全体がゲシュペルト）」⁽¹⁶⁾。文全体がゲシュペルトで強調されているこの記述の意図は、現在にいう評価規範・決定規範の区別と同一であり、それは、この記述に続く「法は各人の精神に向けられており、（中略）何をなすべきか何をなさざるべきかを告げる」という説明から読み取ることができる。すなわち、「法が、ある行為を適法と、また他の行為を違法と評価することによって、日常の経験が人に語りかけるのと同様に、それらの行為に関わる個々の表象は価値判断および感情を呼び覚ますのであるが、これが動機形成過程において決定的な役割を果たすことできるとともに、これによって法共同体の意思に従ってその役割を果たすべきなのである。人があるべきものに従って『方向づけ』られ、いわば義務に合致してふるまうことを可能にするのは、個々の共同体構成員の表象と動機における法規範のこの作用のみである。個人の内的『方向づけ』に関して、法的当為は義務と呼ばれる」⁽¹⁷⁾というように、刑法の行為規範としての側面、特に刑法の決定規範としての側面の重視を明確に宣言している。以上から当然に導かれるのは、「『社会心理的強制』（ホルト・フォン・フェルネック）」としての刑法の役割であり、それは、「法規範

(14) Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 222.

(15) Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 222 f.

(16) Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 223.

(17) Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 223.

に由来し、直接的に決定動機として、行為者の他の動機と競い合う」ものとされる⁽¹⁸⁾。その後、シュミットは、規範的責任論の代表的論者であるゴルトシュミットを何度も引用して規範的責任論の展開を解説している⁽¹⁹⁾が、これは規範的責任論こそが正当であるとの立場を明確に表明するものと理解することができる。また、ここで最も注意しておくべきは、今まで検討してきたのはシュミットの『ドイツ刑法教科書』中の責任の項目であるが、この時点では、責任が規範領域に生ずるものであるという一節を除き、「責任」という語がほとんど用いられていないという特徴である。責任を論ずるのであれば、当然に責任の定義といった説明が目に入ってくるのが通常であるにもかかわらず、シュミットは責任の内容自体には直接的に言及せず、ひたすら規範の構造と機能について語っているのである。

その後はじめて、シュミットは、以上の記述からの帰結であることを明示したうえで、人に責任が認められるのは、「法規範が、行為者の表象領域と動機形成過程において、期待に反し（原文強調）、機能を果たさなかったとき」⁽²⁰⁾であるとする。ここで強調された「期待」とは「共同体（Gemeinschaft）」が主体となるものであり、共同体が期待することが正当化される要件が挙げられているが、それはすなわち、「行為者が『社会的態度の能力』を持っている人間に属すること（帰責能力）」に加えて、「表象領域に『義務』が生じること」または「動機形成過程に『義務』が作用すること」を不可能にする事情が諸事情全体の中にあることである⁽²¹⁾。

そうであるとする、責任非難の「心理的観点（psychologische Hinsicht）」と「規範的關係（normative Beziehung）」とは区別されるべきこととなる。前者は、「行為者がその行為により引き起こされた構成要件的結果を予見し、さらに、共同生活（Gemeinschaftsleben）において、その行為があるべからざる

(18) Vgl. Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 223.

(19) Vgl. Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 224 f.

(20) Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 226.

(21) Vgl. Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 226.

ものであること、すなわち、その反社会性に気がつくことができたという経験則上の可能性を少なくとも有すること」を意味し、それに対して、後者は、この前者の状況において、「実際に生じた『心理活動』が『欠陥のあるもの』として記述されうること、実際に結果を惹起した(違法結果を惹起する)意思が、『あるべからざるもの』として把握されうること、動機形成過程の合義務的進行が期待されうること、実際に惹起された違法な態度にかえて適法な態度が期待され(zumuten: 原文ゲシュペルト)うること」を意味するとされる⁽²²⁾。そして、それら両者はいずれか一方では法的責任の本質たりえないのであり、「責任は純粋な精神的事情ではなく、同様に、単なる価値判断でもなく、むしろ、責任とは、帰責可能性を前提として評価される、精神的当為と価値判断との間の関係(Beziehung)であるという意味で、責任の本質は、(中略)違法行為を惹起する精神的事象の欠陥に鑑みた違法行為の非難可能性」である⁽²³⁾。ここまでのシュミットの論述は、彼が法の規範としての側面に着眼し、規範の構造と機能を分析することによる帰結として自らの責任論を主張するものであると評価することができる。

以上に続いて、シュミットは、縮小された文字を用い、規範的責任論の諸論者を引用して規範的責任論の歴史を述べつつ、自らの規範的責任論の詳細を展開している⁽²⁴⁾。その中でシュミットは、リスト理論の特徴である19世紀に支配的であった自然主義を「呪縛(Bann)」とまで呼び、責任の規範的理解という学問的發展によってそれから「解放(befreien)」されたと評価しているが、ここにいう自然主義とは、責任を、「意思と結果との間の心理的連関、つまり、心理的状态」と定義する心理的責任論である。これについて、シュミットは、認識なき過失にはそのような心理的連関は存在せず、よってそのような責任概念は故意と過失の上位概念とはなりえないという今日では周知の心理的責任論の致命的欠点を指摘し、加えて、故意ですらも、責任とは正常な心理状態から

(22) Vgl. Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 226 ff.

(23) Vgl. Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 228.

(24) Vgl. Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 228 ff.

の「逸脱（Abweichung）」である以上、単なる心理状態という事実として責任形式となることはできないと批判する。これは、先にシュミットが自らの規範論を根拠に規範的責任論を論じていたのと異なり、心理的責任論の理論構造上の問題性を根拠として規範的責任論を主張するものであるということが出来る。

ここまでの記述の後に、個々の責任要素の詳述へとシュミットは進んでゆく。その故意・過失に共通する定義として挙げられているのが、「法の要求および価値判断に対する帰責能力者の内心の特徴的な心理的・規範的關係」⁽²⁵⁾である。ここでも、シュミットはリストの重視した「心理的」な「関係」という表現を残してはいるものの、それを説明する、「行為者は、その態度の反社会性を認識することができ、かつ、そこから行為時に義務規範に適合した動機形成過程を期待できたにもかかわらず、社会的な生活秩序としての法に違反するのである」という文章によって、心理的責任論から規範的責任論への移行、とりわけ、犯罪の規範違反としての側面を強調する発想を明確に読み取ることができる。そうであれば、当然の結果として、責任非難は規範に違反する意思発動による「個別行為」⁽²⁶⁾にのみ向けられることとなり、たしかに、近代学派一般に向けられる個別行為責任論を否定するとのイメージを脱することが可能となる。もっとも、シュミットは、表面的に考えるならば以上の通りであるとしても、そこでは、「なぜ、そのような動機形成過程が実際に過ちある（「あるべからざる」）ものとなったのかという問いがつきまとう」という犯罪学的疑問を提示し、「その問いの答えは、法秩序の立場からの行為者の性格の評価につながる」として、ここまでの彼の規範論を性格責任論に結合する⁽²⁷⁾。法が非難するのは、法を認識していれば得られていたまたは得られるべき価値観が行為者自身の価値判断に優先されなかったことであるから、「責任非難は行為者の全人格を含むのであり、性格に表れる危険性は、動機形成が過ちあるものである

(25) Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 230.

(26) Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 230.

(27) Vgl. Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 230.

ことを根拠づけ、明らかとするものとして、それ自身が責任要素となる」として、行為者の特性に対する有責行為の徴表的意義から結論として示されるのが責任概念の「実質的」心理的核心であることは、この『ドイツ刑法教科書』で以前から強調されてきたのと同様であり⁽²⁸⁾、それは、「なされた行為（反社会的態度）から知りうる行為者の反社会的情操、すなわち、性格に由来する、国家における人間の共同生活に要求される社会的義務感の欠如であり、それにより引き起こされた反社会的動機（共同体の目的に反する目的設定）」であると⁽²⁹⁾。続いて、「このような行為者の性格の社会的危険性を取り込んだ責任の理解」のみが犯罪理論と犯罪者理論の接合と、累犯加重の根拠の説明を可能にするという利点が示されたうえで、それまでの心理的責任論からは量刑論に法解釈学的根拠を与えることができず、また、ここまでで述べた規範的責任論のみが責任無能力、免責的緊急避難、強制、過剰防衛といった責任阻却事由を説明できると主張する⁽³⁰⁾。

続いて、シュミットは、心理的責任要素としての故意・過失の区分について記述し、そこから両者の共通項を見出すことは不可能であるという先述の批判を繰り返したうえで、「行為者が行為者以外の者と同様に、行為の全事情の中で当該態度以外の、すなわち、規範に合致した態度へと動機づけされえた」という「規範に合致した態度の可能性が認められてはじめて、当該態度への義務が問題となりうる」ことを内容とする規範的責任要素こそが責任の中核にある共通要素であるとしている⁽³¹⁾。このような規範的責任論からすれば、故意犯と過失犯は、違反する規範の種類にこそ差異はあるものの、規範に従いえたにもかかわらずそれに違反したという点では、完全に共通するものとなるのである。したがって、「法は、一般的経験によって決せられる能力をもとに決定動機としての機能に行き着くのであるから、法の限界は義務によって定まる」⁽³²⁾

(28) 前掲・拙稿「リストの責任論（1）」96頁以下参照。

(29) Vgl. Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 230 f.

(30) Vgl. Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 231.

(31) Vgl. Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 232.

のである。すなわち、「規範に従って動機形成がなされ、それによって決定されて行為するという義務が、そのような能力と併存している場合に限り、行為者の性格と法の要求との間にある責任と呼ばれる固有の関係の状態が問題となりえ、また、行為が惹起した物理的経過の過ちの観点から、行為者に対して違法な行為を具体的事例において非難することができる」⁽³³⁾こととなる。

以上のようなシュミットの責任概念は、リストと同様、「自由意思の仮説とは無関係」⁽³⁴⁾であり、「人間のすべての態度は、表象、したがって、宗教・道徳・法の一般的な理解によって決定され、また決定されうるといふ争いなく一般的に認められている仮説以上を要求するものではない」という点、「そのような責任判断の中にさらに別に存する、動機に対する法的社会的非難（過ち、あるべからざること）および行為者の性格（危険性）に関しても、決定論が完全に正当であるが、それに対し非決定論はこの正当性をまったく欠いている。（中略）決定論のみが個々の行為を行為者の心理的全人格と関連づけることができる」という点、および、「責任の判断基準」が、「行為が行為者の継続的特性をどの程度表明しているかの多少に従って上下する」という点においてもそれまでのリスト理論と表面的には一致しているように見える⁽³⁵⁾。

第二節 シュミットの責任論の評価

一 リストの責任論との比較

シュミットの責任論を概観し終えたところで、以下では、そのシュミットの責任論をすでに別稿で検討した⁽³⁶⁾リストの責任論と比較し、その特徴を探ることとしたい。

(32) Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 233.

(33) Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 234.

(34) Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 234.

(35) Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 234.

(36) 前掲・拙稿「リストの責任論（1）」83頁以下、同・前掲「リストの責任論（2）」75頁以下、同・前掲「リストの責任論（3・完）」89頁以下参照。

まず、本稿の視座と同様にリストの責任論と比較してシュミットの規範的責任論を論じた先行研究としては、フィンガーによる論稿が挙げられる。フィンガーは、シュミットによるリスト『ドイツ刑法教科書』の責任論の改変について、「リストの思考と感性に適合しない」ものであって「リストであればこの問題についてまったく異なる立場をとったであろうと確信できる」と全体を評価し、もはやリスト教科書第25版とはいえず、「シュミット著の刑法教科書第1版」という書名のほうがよいのではないかとまで述べた⁽³⁷⁾うえで両責任論を比較している。

まず、フィンガーは、リストの責任論については、内容が不明確であるとしても、基本的には古い心理的責任論にとどまるとしていることは別稿で論じたところである⁽³⁸⁾が、シュミットの責任論においてはその不明確な表現が姿を消し、その代わりに規範的要素が責任に固有であると明示されるようになったと述べられている⁽³⁹⁾。しかし、フィンガーは規範的責任論そのものについては肯定的であるように見える一方で、同時に鋭く疑問を提起するのは、シュミットが、「正常な動機形成 (normale Motivierung)」、および、それと同義として用いた「動機による正常な決定可能性」を「規範的責任要素 (圏点は原文ゲシュペルト)」であるとしている点である⁽⁴⁰⁾。そこでフィンガーは、なぜ、「正常な動機形成」ができること（「動機による正常な決定可能性」）という心理状態の1つにすぎないものが、「勇敢であること」等を押しのけて特に「規範的」な要素かつ「責任」の要素と評価されるのかが不明であり、「動機による正常な決定可能性」とは、「規範的要素」としては、あるべからざる経験内容の一部、例えば一定程度の弁識と同程度のものにすぎないものであろうとの批判を向けている。

次に、より本質的であると思われる批判は、次の通りである。すなわち、

(37) Vgl. August Finger, Gerichtssaal, Bd. 100, 1931, S. 275.

(38) 前掲・拙稿「リストの責任論(2)」85頁参照。

(39) Vgl. Finger, a. a. O., S. 285.

(40) Vgl. Finger, a. a. O., S. 286.

〔心理主義と規範主義の：筆者注〕区別はむしろ、『心理主義』が、例えば有責な状態について述べたときに、義務違反と認識される行為の意思として、有責な状態の類型的な判断基準を持ち出していたところにある。責任概念の『純化』とは、美德あるいは悪徳である、また有責でないあるいは有責であるとして精神状態を評価することは、類型的にではなく特定の時点の精神状態を明らかにするすべての個別的要素を考慮したうえで正しくなされなければならないということ、『規範主義』が鋭く指摘したということのみにある⁽⁴¹⁾とする内容がそれである。よって、その行為者が「動機による正常な決定可能性」を有している人であるか否かという行為者の属性として一律に（フィンガーの言葉を用いるなら「類型的」に）問題とすべきではない、すなわち、「それゆえ、いわゆる『動機による決定可能性』は類型的にではなく個別に判断されるべき⁽⁴²⁾であるから、規範主義に「動機による決定可能性」という有責状態を表す新たな要素が含まれるとするのは妥当ではないとする。

続いて、フィンガーは、シュミットが違法性の意識を要求し、それを責任要素としたことについては、「リストの教科書をより良いものにしたことは疑いがなく」と肯定しつつも、特定の時点における意思に対する判断という意味責任が全人格に対する判断の基礎とされることについての説明が欠けていると疑問を呈している⁽⁴³⁾。

そして、フィンガーは、シュミットの主張する構成要件の欠缺の理論に対して批判を加えた後、シュミットの罪数論に言及し、シュミットが「1つの行為しか存在しなければ1つの犯罪しか成立しない」という原理を固守したことを過ちであると述べる⁽⁴⁴⁾。行為が犯罪行為を意味するのであれば、「1つの犯罪行為は1つの犯罪行為である」という無意味な文章となってしまう、また、行為を記述的に理解するのであれば、複数の犯罪が成立するはずだからである。

(41) Finger, a. a. O., S. 287.

(42) Finger, a. a. O., S. 287.

(43) Vgl. Finger, a. a. O., S. 288 f.

(44) Vgl. Finger, a. a. O., S. 291 f.

フィンガーは、行為者が宴会場のクロークルームの財物をすべて奪い40人に損害を加えたという例を挙げ、その時に1個の窃盗罪を成立させるか40個の窃盗罪を成立させるかは立法者の専決事項であって、記述的に1罪であるかと規範的に1罪であるかとは無関係であるはずであると指摘している。

以上のようなフィンガーの批評のうち、その最大の特徴は、シュミットが期待可能性の内容であるとした「動機による正常な決定可能性」についての否定的評価というべきであるように思われる。規範的責任論を提唱したフランクのもととの論理は、違法行為を非難するには「附随事情の正常性」が必要であるということであったが、その後、フランクの論理からすると異常な事情を誤信した場合にも客観的存在の有無で期待可能性が決められることとなり妥当でないとの批判が提起され、この批判を受け入れたフランクが「附随事情の正常性」に代わる概念として提示したのが、「正常な動機形成 (normale Motivierung)」であった⁽⁴⁵⁾。つまり、「正常な動機形成」、「動機による正常な決定可能性」とは、『異常な事情がありかつそれを行為者が認識していた』という事実がないこと」とも定義できるのであり、そうであるからこそ、フィンガーは「動機による正常な決定可能性」を行為者が異常な事情を認識していないという単なる心理状態であると評価したのではないだろうか。そして、もしそうであるとするなら、「動機による正常な決定可能性」の判断は故意・過失と同様の人間の一定の心理状態の有無を問うこととなるところ、それに対してフィンガーは「動機による正常な決定可能性」を問題とするのであれば、そのように典型的にはなく個別的に判断されるべきであると述べているものと考えられる。

もともと、シュミットは義務が作用することを不可能にする事情の有無を問うと述べているのであるから、「動機による正常な決定可能性」を「典型的に」問うているのではなく、フィンガーの指摘はシュミット理論とは無関係であるとも考えられる。しかし、ここで重要となってくるのは、詳しくは後に検

(45) 佐伯・前掲『刑法における期待可能性の思想』37頁以下参照。

討するが、「動機による正常な決定可能性」という用語は、リストが規範的責任論とは無関係に帰責能力（責任能力）の内容として用いていたものであり、シュミットは当時勃興してきた規範的責任論の「正常な動機形成」という部分に着目し、それをリストの「動機による正常な決定可能性」と同義であるとすることによって、規範的責任論と近代学派の犯罪徴表説を接続しようとしたものにとらえられるという点であるが、その点がフィンガーによる批判を招いているといえる。実際に、シュミットの「動機による正常な決定可能性」の詳細を検討しても、シュミットは「動機形成過程の合義務的進行が期待されるか否かを「一般的経験によって決せられる能力を基準」によって決せられるものとし（期待可能性の一般人基準説）、その結果として得られるものは、近代学派刑罰論を採用することにより、「動機形成が過ちあるものであることを根拠づけ」ところの「性格に表れる危険性」という行為者の属性、そして中でも特に、一般人を基準としてそれからの乖離を示す性質であるということはずでに概観した通りであるならば、シュミットのいう「動機による正常な決定可能性」とはフィンガーの指摘するように「勇敢であること」と同様の行為者の一般的・類型的性質を含むもの、さらには、責任能力の一部を取り込んだものとして理解されても不自然ではない。少なくとも、シュミットが規範的責任論の中の期待可能性の核とする「動機による正常な決定可能性」が多義的であることは否めないのではないだろうか。

以上までシュミットの責任論をめぐってのフィンガーによる評価を検討したが、これ以外にも着目できる点としては、リストとシュミットの理論の構造上の差異である。リストは、責任を記述するにあたり、筆者が別稿でまとめたように、いくつかの責任の定義の分類を用いつつ論じている⁽⁴⁶⁾。すなわち、「責任の形式的意味（広義）」としての「行為者によってなされた違法行為に対する行為者の答責性」、「可罰性」または「可罰的地位」、「責任の形式的意味（狭義）」としての「行為と行為者との間の主観的連関」（「心理的連関」）、「責任の

(46) 前掲・拙稿「リストの責任論（1）」102頁以下参照。

「**実質的意味**」としての「なされた行為（反社会的態度）から知りうる行為者の反社会的情操」、「国家における人の共同生活に求められる社会的義務感の欠如」あるいは「その社会的義務感の欠如から生じる反社会的動機（共同体の目的に反する目的設定）」、「**責任判断**」としての「なされた行為に対して定められた不法効果を宣告し、そしてその不法効果を不法行為者の人格に結合する」こと、そして、「**責任の判断基準**」としての「行為が行為者の継続的特性をどの程度表明しているかの多少に従って上下する」ことがそれであった。それに対して、シュミットは、「**実質的**」責任（リストの「**責任の実質的意味**」に対応すると評価できる）および「**責任の判断基準**」以外の責任の定義の分類、すなわち項目自体を抹消している。これは形式的な差異ではあるが、その差異をさらに実質的に分析すると、そこではより大きな差異が見出される。この残された項目は、いずれも行為者の「反社会的情操」・「**継続的特性**」といった通常の性格責任論的な内容を有する項目であり、反対に、削除された項目は、フィンガーが旧来の心理的責任論にとどまると評する際に根拠とした、形式的な定義である「**答責性**」、ならびに、筆者がリストの責任論の核心部分であると評価した「**行為と行為者との間の主観的連関**」（心理的連関）および行為と行為者との「**結合**」機能を内容とする項目である。そして、その削除した部分に代わって新規に加筆されたのが、リスト理論には存在しないという意味でシュミット独自の規範論とそれから導かれる「**非難可能性**」を軸とする責任概念である。

さらに、責任概念の分類方法のみならず、論述に用いられている文言をシュミットは大きく変更していることも挙げることができる。リストが『ドイツ刑法教科書』の第1～5版までの記述を引き継ぎ第6版から一貫して用いていた「**結果は客観的に行為者の意思活動に帰することが可能でなければならないだけではない。それだけでなく、主観的にもまた、結合が行為者の有責判断に存在しなければならない**」という表現⁽⁴⁷⁾についても、「**客観的**」側面では、結果

(47) 前掲・拙稿「リストの責任論（1）」92頁以下参照。

は客観的に行為者の意思活動に「帰する」ことが可能であるという一致ではなく、行為者の行為と法秩序規範との間に「不一致」を要求し、また、「主観的」側面では、リスト理論には存在しなかった「非難」を要求することは理論上必然であるとして、有責判断に要求する連関を、行為者の科学的な再犯の危険性とは離れた行為者の主観面であり、かつ、法秩序規範から見て違法判断の客体となる故意・過失を意味するであろう「精神」と行為の間に求めていることも大きな変更点といえよう。というのも、リストが主張したように責任が行為と行為者の危険性との連関であれば、その連関の有無を判断するためには行為論から違法性論までの段階で確定された違法行為の存在を必要とすると同時に、責任論の段階では、行為者の危険性を認定してそれを違法行為と結びつけるか否かを判断するという理論構造となるため、責任判断にあつては、リストが体系の基礎とする行為者の危険性が理論中に登場することも論理として自動的に前提となる一方で、結合機能としての犯罪論体系上の責任と結合対象たる行為者の危険性とが定義上別個になり、客観的違法行為、犯罪論体系上の責任、処罰根拠たる行為者の危険性のいずれもが体系上必要となる結果に至る⁽⁴⁸⁾が、シュミットのように責任を行為と規範違反意思という精神の連関であるとするなら、リストとシュミットが共通して拠って立つ近代学派の特別予防論が理論の中核に置くところの行為者の危険性が、連関の片方として論理上の帰結から導かれるということではなく、また、もしそれを回避するために、行為者の内心たる精神という主観的要素を、そのまま処罰根拠たる行為者の危険性であるとした場合には、客観的行為がかならずしも処罰要件とはならなくなる虞が生ずる。もちろんこのような批判に対しては、シュミットの主張する主観的要素は、単なる悪しき内心ではなく、規範違反意思すなわち規範違反行為の最終的な決定意思であるので、それは客観的行為と同値となるとの反批判が可能であろう。しかしながら、そこでいわれる客観的要素はリスト理論の客観的違法論とはかなり異なる内容となることはもちろんとして、フィンガーも述べるよ

(48) 前掲・拙稿「リストの責任論（3・完）」101頁以下参照。

うに、そもそも、その瞬間的意思発動がそれ自体としてそのまま行為者の危険性であると断言することがはたして可能であるかという点には大いに疑問の余地がある。

小括

以上のように、シュミットの責任論にはいくつかの疑問が提起されうるが、それらの疑問が向けられる点は、要約すると、「動機による正常な決定可能性」が存する状態における「規範違反（意思）」に対する「非難」、および、それと行為者の「危険性」との接合であったということができるところ、その始点にある「動機による正常な決定可能性」は、以下で検討するようにリスト本人は責任能力（帰責能力）の内容としていた要素である。しかしながら、リストの責任能力（帰責能力）論そのものをめぐる議論は、これまで活発になされてこなかったといっても過言ではない⁽⁴⁹⁾。そこで、本稿はここからリストの責任能力（帰責能力）論の検討に移ることとし、リスト自身の記述をできるだけ詳細に分析してゆきたい。

第二章 リストの責任能力（帰責能力）論

第一節 リストの責任能力（帰責能力）論の変遷

第一款 リスト『ドイツ刑法教科書』第1～21・22版

第1版⁽⁵⁰⁾

リストは『ドイツ刑法教科書（Lehrbuch des Deutschen Strafrechts）』第1版で、責任能力に相当する「帰責能力（Zurechnungsfähigkeit）」⁽⁵¹⁾を、「社会生活

(49) 限定責任能力をめぐって、リストの責任能力（帰責能力）論につき本格的に言及した先行研究として、浅田和茂『刑事責任能力の研究—限定責任能力論を中心として—上巻』（1983年、成文堂）93頁以下があるが、そこでも他の先行研究が多く挙げられてはいない。同様に、ドイツにおいてリストの責任能力（帰責能力）論につき独立した項目を設けて論じている先行研究（Vgl. Susanne Ehret, Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip, Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, Bd. 54, 1996, S. 192 ff.）も、そこで挙げられている文献は、ほとんどがリスト本人の著作である。

経験から徐々に獲得される、精神的に成熟し精神的に健全な人間の正常な（normal）精神的所有物⁽⁵²⁾と定義していたが、行為者の危険性により責任能力者と無能力者を相対化する近代学派理論を想起させるとの評価もなされるであろう、帰責能力には身体健康の内部と同じく無限の段階がある⁽⁵³⁾という、責任論に対応させるならば「責任の実質的意味」としての「なされた行為（反社会的態度）から知りうる行為者の反社会的情操」に対応する記述も置いている。もっとも、同時にリストは、行為能力と責任能力が現在明確に区別される⁽⁵⁴⁾のと異なり、ビンディングを引用して彼をはじめとする当時の一般的見解に倣い帰責能力を「刑法上の行為能力」と述べたうえで、その行為能力は「法的に意味のある行為を行う能力」であり、「法は構成要件として法効果の発生をその行為に結合する」ことから、帰責能力は「刑罰的に意味のある、すなわち、刑罰効果の発生を導く（後に従えた）行為を行う能力」でもありとしている⁽⁵⁵⁾が、リストの責任論の検討と対比するなら、この行為能力は、「責任の形式的意味（狭義）」としての「行為と行為者との間の主観的連関」（「心理的連関」）と同様に、「法的」意味という用語のもとに論じられていることが着目すべき点であろう。また、以上の帰責能力の法的意味と並んで、リストは、「刑法上答責的であるとされる能力」⁽⁵⁶⁾という定義も置いているが、これは「責任の形式的意味（広義）」で答責性の用語を用いていたことと対応するものと評価できる。

リストは、責任論の分類に対応する以上のような帰責能力の定義を示した後

(50) Franz von Liszt, Das Deutsche Reichsstrafrecht, 1881, S. 95.

本文は実質的には Lehrbuch des Deutschen Strafrechts の第1版であるため、以下では v. Liszt, a. a. O., 1. Aufl. と略記する。

(51) 責任能力に相当する概念を、本稿では以後、リストの用語を用いて単に「帰責能力」と記述する。

(52) Liszt, a. a. O., 1. Aufl., S. 95.

(53) Vgl. Liszt, a. a. O., 1. Aufl., S. 97.

(54) 高橋則夫『刑法総論 第4版』（2018年、成文堂）352頁注2参照。

(55) Liszt, a. a. O., 1. Aufl., S. 95.

(56) Liszt, a. a. O., 1. Aufl., S. 95.

で、その内容の説明へと移ってゆき、帰責能力を基礎的能力の総和からなるもの、すなわち自らと外界の認識が前提とされるものであるとする。前述したように「人生経験から徐々に獲得される、精神的に成熟し精神的に健全な人間の正常な精神的所有物」であるところの「帰責能力は、心理機能の正常な協働作用を前提とする。すなわち、単なる諸表象の正常な目的と明瞭性のみならず、それらの諸表象相互間の強調度合であるため、個々の表象のうちの一つの異常な強調によっても、帰責能力は阻却される」⁽⁵⁷⁾として「正常」であることを重視する立場を明らかにしている。もっとも、ここで注意を要するのは、その「正常」性の前提である成熟については、「精神的成熟が、法と関係のない事項の諸領域において同じ時点に生ずるのでなく、発生の進行が長期であったり短期であったりするのと同様に、法的行為能力もまた、異なる法領域（例えば、公法、民法、刑法）とその下位領域（例えば、家族法、相続法、債権法）において人生の同じ段階に獲得されるのではないということには注意を要する。法的行為能力は、刑法の領域でも、同じ個人の同じ時点において、存在したり欠けたりするとされざるをえないが、それは、可罰的行為のいずれのグループが問題となっているか次第である（一方では殺人が、他方では政治犯が考えられる）」⁽⁵⁸⁾として部分的責任能力を肯定していることであろう。というのも、責任能力については、「近代学派による社会的危険性の立場によれば、犯罪を遂行しうる能力の点では能力者と無能力者とは区別できず、刑を科すことによって刑の目的を達し得べき能力の点で区別されることになる」として、近代学派理論によれば行為と切り離されたもっぱら行為者自体の属性であると理解されるのに対して、今日の通説的見解によれば、「刑事責任の本質を規範的な非難と解する現在の通説的見解から導かれる」ところの「有責行為能力」とされており、「責任能力が有責行為能力だとすれば、責任能力は当該違法行為についての個別的な能力を意味する責任要素であるから（責任要素説）、ある犯罪につ

(57) Liszt, a. a. O., 1. Aufl., S. 96.

(58) Liszt, a. a. O., 1. Aufl., S. 96.

いて責任能力が否定されても、他の犯罪については肯定されるという『部分的責任能力』は肯定されることになろう（注：圏点筆者）」として行為にも関連する属性と理解されている⁽⁵⁹⁾ため、そこから考えるなら、リストは、責任要素説に立つか否かは措くとしても、近代学派の論者でありつつも部分的責任能力を認める立場に立っていることは非常に特徴的であることに加えて、先述したように帰責能力を「行為能力」であるとしていることは、単にそれまでの刑法学説史の流れ⁽⁶⁰⁾を踏襲した結果としてではなく、一定の意図のもとにあえて行ったものであるとも理解できるからである。後者の点については、もとよりこのことのみから帰責能力を行為能力と関連づけることに意義を付与する決定的根拠が得られるものではないであろうが、後述するように、リストは行為能力としての帰責能力に関する記述を後の版でいったん弱めており、それが原因のためかこの点に着目する先行研究は見られない⁽⁶¹⁾のに対して、行為能力としての帰責能力という位置づけについての再評価を試みる契機としては十分であるように思われる。

さて、以上の記述の後に、リストは、「帝国刑法は帰責能力の概念を確定することをせず、この課題の解決を法学と心理学の取り組みに任せた」⁽⁶²⁾こと⁽⁶³⁾に言及しており、この点は日本の立法と同様の形式であるとも考えられる。もっとも、後述のように限定責任能力についてはリストの時代の刑法典は日本のそれとはまったく異なる規定を有していたのである。

続いて述べられているのは、リストが帰責能力の内実につきいかに考察して

(59) 高橋・前掲『刑法総論 第4版』354頁以下参照。

(60) 帰責と行為を密接に関連づけていたのはヘーゲリアナーの理論体系であった。このことについては、中村直美「刑法における行為概念の意味・機能」法政研究37巻3 = 4号（1971年）208頁以下参照。

(61) 浅田・前掲『刑事責任能力の研究 上巻』97頁注2は、積極的に評価はしていないものの、行為能力としての帰責能力につきその変遷まで含め言及している。

(62) Liszt, a. a. O., 1. Aufl., S. 96 f.

(63) 帝国刑法51条は、「行為者が、行為の実行時点において、自由な意思決定が排除される意識喪失または精神活動の病的障害にあった場合は、可罰的行為は存在しない」として、意識喪失および精神障害のみを限定列举している。

いたのかが明瞭に読み取れる部分といえよう。すなわち、リストは、「帰責能力の内部には、(中略) 身体の健康の内部と同じように、無限の段階がある」と明言し、この点につき、「立法者はこの段階を考慮すべきか」という問いを立てたうえで、「最小限は精神能力の平均程度を著しく下回り、平均程度は最大限を著しく下回る」のように精神能力を帰責能力としてさらに帰責能力に段階があることを繰り返している⁽⁶⁴⁾⁽⁶⁵⁾。そうであるとすると、「立法者はむしろ、平均以下の帰責能力と平均以上の帰責能力で二重の刑罰の枠を定立すべきか」という疑問が生ずることとなるところ、リストは、「最小を超えるが平均水準を下回る帰責能力を限定帰責能力と呼び、それによって帰責能力のより少ない状態が問題となっているとの確信を持たれるようになることによって、この問題は混乱させられている⁽⁶⁶⁾と指摘している。当時のドイツ帝国刑法の帰責能力に関する規定は、日本の現行法とは異なる形式であって、現行刑法39条2項の心神耗弱のような限定責任能力の一般規定は存在せず、ここでいわれる限定帰責能力とは、「ある場合について一少年である行為者に関して(帝国刑法57条)一帝国刑法自身が『限定』帰責能力とした⁽⁶⁷⁾ことを指すものである。すなわち、限定帰責能力とは帰責能力または一定の精神状態の分量ではなく、日本における心神耗弱とは異なり、帰責能力そのものとは別に存在する刑罰の減輕事由であった⁽⁶⁷⁾。そうであるとすれば、帰責能力とは、行為能力が当然にそうであるのと同様に、あるかないかのいずれかであり⁽⁶⁸⁾、リストは「正常な状態」が帰責能力であるとしている⁽⁶⁹⁾ことに鑑みても、当時の一般的見解と同様、精神状態が正常に満たない行為者は帰責無能力者としたうえで、あく

(64) Liszt, a. a. O., 1. Aufl., S. 97.

(65) 同様の問題を指摘する見解として、安田拓人「『精神の障害』と法律的病気概念」中谷陽二編『責任能力の現在』(2009年、金剛出版) 34頁以下参照。

(66) Liszt, a. a. O., 1. Aufl., S. 97.

(67) Liszt, a. a. O., 1. Aufl., S. 98.

(68) このことをフォイエルバッハが最初に指摘し、リストを含む論者たちが続いたという流れについては、安田拓人『刑事責任の本質とその判断』(2006年、弘文堂) 140頁参照。

(69) Vgl. Liszt, a. a. O., 1. Aufl., S. 97.

までも帰責能力者の中の刑罰減輕対象者を限定帰責能力者と位置づけていたものと考えられる。

また、リストは、「帰責能力は責任の前提である」として検察官による立証が必要であるとする⁽⁷⁰⁾とともに、法人の処罰そのものは可能ではあるとするものの、「帰責能力は行為能力の一種であるため、人間のみが犯罪の主体となりうる」ということから、犯罪能力という点については、「法人は犯罪をなしえない」との帰結に至っている⁽⁷¹⁾。

以上をまとめるならば、第1版におけるリストの帰責能力論の特徴は、「正常」性を中核として定義されていること（A）、行為能力と強く関連づけられていること（B）、AおよびBから、限定帰責能力についての論述にも表れているように、帰責能力は有か無かのいずれかであることが帰結されていること（C）、帰責能力に無限の段階性があることが肯定されていること（D）、帰責能力概念は、それが欠如する場合が列挙されているにすぎず消極性にしか規定されえないとされていること（E）であると評価することができる。

第2版・第3版⁽⁷²⁾

第2版になると、書名が変更されると同時に記述形式も変更されている。まず、「帰責あるいは帰属（Zurechnung oder Imputation）は2つの判断を含んでいる」のであり、その2つとは、「結果と所為の間に因果関係が存在すること」および「その所為を行為者の有責行為と考えることができること」とされているところ、後者のような「関係が結果と行為者の責任との間に認められるためには、ある前提が行為者の心理に存在しなければならず、それが帰責能力である⁽⁷³⁾。そこで、リストによれば、「結果を具体的事例における行為者の責任

(70) Liszt, a. a. O., 1. Aufl., S. 98.

(71) Liszt, a. a. O., 1. Aufl., S. 100.

(72) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch, 2. Aufl., 1884, S. 135 ff. ; v. Liszt, Lehrbuch, 3. Aufl., 1888, S. 148 ff.

（以下、このように同一の文献の複数の版から同一の文言を引用する際には、2度目からは v. Liszt, a. a. O., 2. Aufl., S.135 ff. ; 3. Aufl., S.148 ff. 等と略記する）

に帰責できるかを問題とする以前に、帰責能力が存在しなければならない」⁽⁷⁴⁾ こととなる。

次に、「帰責能力は刑法上の行為能力である」こと (B) については第1版と同様に記述がなされるが、第2版から新たに加えられたのが、「犯罪行為能力としての帰責能力の定義は、単に形式的 (原文ゲシュバルト) 定義 (Formaldefinition) である」との記述である⁽⁷⁵⁾。よって、ここで重要となってくるのはこの「形式的」の意味合いであろう。というのも、もし「形式的」という語が「実質上は無意味であること」を意味するならば、第1版に存在した帰責能力と行為能力との関連づけ (B) はもはや放棄されたと評価する以外にないこととなり、またそうではなく、「形式的」という語がそれ以外の何らかの意図のもとに使用されているのであれば、その意図を明らかにすることが必要となるからである。さて、ここで「形式的定義」自体の意味については「過度に特定の概念をより一般的でありよく知られた概念に還元することに意義がある」との説明のみが存在しているところ、その意味を考えるにあたって参考となるのは、それと反対の意味を有する「実質的定義 (Sachdefinition)」であり、それは、「ビンディングさえも見落としたのはまさにこの点である」と注目を促す注を付したうえで、続く箇所では詳細に論じられている⁽⁷⁶⁾。

もっとも、リストは、実質的定義を積極的に挙げるのではなく、帰責能力の定義は消極的なもので足りるとははっきりと述べている (E) が、これは第1版と同様である。すなわち、「帰責能力を定義するにあたって、特に個別の前提は一切不要であり、「特別な理由によって帰責無能力でないかぎりは、すべての人に帰責能力は存在する」のである⁽⁷⁷⁾⁽⁷⁸⁾。この記述は、「帰責能力とは正常性である (Zurechnungsfähigkeit ist das Normale)」として、第1版で述べられた「正常」性 (A) の定義を定める文に続いていることから、帰責能力の定義

(73) v. Liszt, a. a. O., 2. Aufl., S.135.; 3. Aufl., S.149.

(74) v. Liszt, a. a. O., 2. Aufl., S.135.; 3. Aufl., S.149.

(75) v. Liszt, a. a. O., 2. Aufl., S.135 f.; 3. Aufl., S.149.

(76) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 2. Aufl., S.136 ff.

として「正常」性（A）以上のものが不可能であり、かつそれで足りること（E）に対する理由が、例えば特定の病気に罹患している病人であることを確定することはできても、健康であることの条件をすべて列挙することができないのと同様に、通常人の条件をすべては列挙しえないことであるということを示すものであろう。

また、リストは「正常」性（A）、すなわち、「精神的に成熟し精神的に健全な人間の正常な（normal）精神的状態⁽⁷⁹⁾」について、第2版では具体的な内容を述べており、「帰責能力とは動機による正常な決定可能性である」⁽⁸⁰⁾とされている。これこそが先に見たように、シュミットが非常に重要視した文言であり、リストは第2版からこの文言を用いていたことが明らかとなったところ、さらに具体的には、「社会生活経験から獲得される正常な知的所有物」（「自己の認識と外界の認識」）に「感情または衝動の活動」をも加えた、「共同作用をなす全体的精神機能が正常である」ことであるとの説明と並んで、事理弁識能力と行動制御能力という一般的理解では狭すぎることが述べられている⁽⁸¹⁾。あくまでも、「正常」性の主体である精神機能の一内容として、事理弁識能力と行動制御能力が存在するとされていることが理解できる。

これら以外に第2版では、部分的帰責能力、限定帰責能力（C）、および、帰責能力の無限の段階性（D）の記述については前版を踏襲している⁽⁸²⁾ことにより、結論的にはA～Eすべてについて第1版を引き継いでいると評するこ

(77) v. Liszt, a. a. O., 2. Aufl., S.136.; 3. Aufl., S.149.

ただし、これは帰責能力に関して、一般的な推定の効力を持たせるべきという意味を有するものではないことが記されている。第1版で帰責能力は検察官による立証が必要としていたことと同義である。

(78) 第3版では、立法者が刑罰的帰責性の要件としている行為者の精神活動におけるすべての前提の内容を画定することは困難であると同時に不必要であり、阻却事由が示されているだけで十分であるとしている（Vgl. v. Liszt, a. a. O., 3. Aufl., S. 149）。

(79) 第1版と同内容であり、表現が若干変わったのみである。

(80) v. Liszt, a. a. O., 2. Aufl., S.136.; 3. Aufl., S.150.

(81) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 2. Aufl., S.136 f.; 3. Aufl., S.150.

(82) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 2. Aufl., S.138 f.; 3. Aufl., S.152 f.

とができよう。

他方で、第2版には第1版にはなかった特徴も認められ、第2版で新たに加えられているのは、自由意思に関する分析的な詳しい論述である。リストは自由意思を3つに分類し、それぞれについて個別的検討を加えている⁽⁸³⁾。

第一は、「心理学的 (psychologisch) (意味の⁽⁸⁴⁾)」自由意思であり、それは、「機械的自然因果法則によるのではない、動機による決定可能性 (Bestimmbarkeit durch Motive)」である。「この意味における意思の自由が存在することには疑いの余地はなく、これがなければ、法、道徳、宗教は考えられないであろう」として、リストは自由意思を認めることを明確に断言している。

第二に挙げられているのが、「倫理的 (ethisch) (意味の)」自由意思であり、「自ら設定した (自律的な) 動機による決定可能性」をその内容とする。「それを得ることは、人にとって最高の、常に目指すべき、かつ、何人も完全には到達できない、人としての理念型である」とされ、リストは少なくともこれを部分的には肯定している。しかし反対に、「すべての犯罪は、道徳的自由に到達できなかった証明である」と同時に、「刑罰は道徳的自由を得られたはずであることを承認することである」こととなるため、このような意味での自由意思は「帰責能力の前提とはならない」のであって、「そうでなければ、この世界で誰も帰責能力者とは認められないであろう」と述べ、リストはこれを行為者に刑事責任を負わせるための基礎としては否定している。リストは、第一の自由意思と異なり、第二の自由意思に対して微妙な立ち位置をとっているのであるが、ここで重要であるのはこれが刑法上行為者に刑罰を科す根拠となるという法的意味においては明確に否定しているということである。

第三の自由意思は、「形而上的 (metaphysisch) (意味の)」自由意思であり、「経験の外、すなわちすべての科学の範囲外に存在する」ところの「自己原因として因果連関を開始する能力」を意味する。これについて、リストは「科学

(83) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 2. Aufl., S.137 f.; 3. Aufl., S.151.

(84) 第2版には存在しないが、第3版から表現が追加された (Vgl. v. Liszt, a. a. O., 3. Aufl., S. 151)。

としての刑法に何ももたらさない」としてこれを否定すると断言している。

以上のように、リストは第3版において、第2版までのA～Eの要素をすべて引き継いだうえに、「動機による決定可能性」という帰責の前提（F）を提示したのである。

第4版・第5版⁽⁸⁵⁾

第4版で変更された点としてまず目に入るのは、章の表題である。これまで、「帰責能力（Zurechnungsfähigkeit）」との表題が付せられていたのに対し、第4版では「責任能力（Schuldfähigkeit）」⁽⁸⁶⁾が表題となり、帰責能力は「責任能力（帰責能力）」としてその直後に副次的に置かれるのみとなった。

そして表題の変更に伴い、内容の記述も一新された。「責任とは有意的な身体活動によって惹起された結果に対する答責性である」という責任全体の定義を置いたうえで、「責任能力または不法行為能力は、法的責任の前提としては、違法行為が答責的となる能力であり、また、「刑法上の不法行為能力または帰責能力は、可罰的行為が刑罰を科される能力である」と責任能力・帰責能力を定義づけている⁽⁸⁷⁾。これは、前者が法的責任能力一般について言及されているものであるのに対し、後者は刑法上のそれについて述べたものということができよう。というものも、リストは、この後に、「帰責能力は刑法上の行為能力である」こと（B）について述べる際にも、法一般および刑法の両者について論じているからである。帰責能力が「刑法上の行為能力」であることについては、これまでの版と変わっていないが、記述は詳細になっており、「帰責能力は刑法上の行為能力である」こと（B）の理由は、「行為能力は、法的意味においては、法的に意味のある行為、すなわち、客観的法が構成要件として法効果の発生を結びつけた行為をなす能力であるからである」ため、「帰責能力は、刑法的に意味のある、すなわち、刑罰効果の発生を導く（後に従え

(85) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch, 4. Aufl., 1891, S. 159 ff.; v. Liszt, Lehrbuch, 5. Aufl., 1892, S. 158 ff.

(86) v. Liszt, a. a. O., 4. Aufl., S. 159.; v. Liszt, a. a. O., 5. Aufl., S. 158.

(87) v. Liszt, a. a. O., 4. Aufl., S. 160.; v. Liszt, a. a. O., 5. Aufl., S. 159.

た) 行為を行う能力、したがって、刑法上答責的とされ、つまり、刑罰を科せられる能力である』⁽⁸⁸⁾という第1版と同様の記述を再び用いて明確に説明されるようになった。ここでいう法一般についての「客観的法が構成要件として法効果の発生を結びつけた行為」は、刑法について見たときの「刑罰効果の発生を導く(後に従えた)行為」つまり構成要件の行為であることはいうまでもないことから、リストのいう「行為能力」の「行為」とは刑法理論でいう構成要件に前置される「行為」であるといえる。

また、第4版で新たに、「責任能力は責任の前提であって、責任そのものではない」⁽⁸⁹⁾ことが明言されるに至ったが、もっとも、このような意味での「責任前提」としての責任能力を主張するリストの見解は、リストは第1版からの記述をそのまま残し部分的責任能力を肯定していることから、今日にいう「責任前提説」とは異なるものであることには注意が必要である。

続いて、帰責能力の定義について、第4版に至っては「正常」性における「正常(normal)」という文言自体は見出されなくなった(同時に、帰責能力は有か無かのいずれかであることが帰結されていること(C)、および、帰責能力に無限の段階性があることが肯定されていること(D)の記述内でも「正常」の文言が見られなくなっている)が、リストは、次の項目の帰責無能力に関する個々の条文の解説で「正常」性を軸に論じている⁽⁹⁰⁾こと、そして、「精神的に成熟し精神的に健全な人間はすべて帰責能力がある」という第2版で正常性の内容としていた記述を若干の表現の変化を伴いつつそのまま残しており⁽⁹¹⁾、さらに、その記述が、帰責能力概念は、それが欠如する場合が列挙されているにすぎず消極性にしか規定されえないとされていること(E)と関連づけられている⁽⁹²⁾ことから考えるならば、帰責能力をめぐっての「正常」性の定

(88) v. Liszt, a. a. O., 4. Aufl., S. 160.; v. Liszt, a. a. O., 5. Aufl., S. 159.

(89) v. Liszt, a. a. O., 4. Aufl., S. 160.; v. Liszt, a. a. O., 5. Aufl., S. 159.

(90) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 4. Aufl., S. 165.; v. Liszt, a. a. O., 5. Aufl., S. 164.

(91) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 4. Aufl., S. 161.; v. Liszt, a. a. O., 5. Aufl., S. 160.

(92) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 4. Aufl., S. 161.; v. Liszt, a. a. O., 5. Aufl., S. 160.

義（A）は変更されておらず、次の項目に移動させただけであると解するべきであろう。

加えて、第4版から大きく変更されている点は、第2版および第3版に見られた自由意思の3つの分類についての記述がなくなった点である。もっとも、その代わりとして「刑法的答責性の前提つまり帰責能力の内容は、因果連関から切り離された自由意思ではなく、表象、とりわけ、人の全態度を制御するところの宗教・道徳・法・怜愍（Klugheit）⁽⁹³⁾の表象による法則に従った意思決定可能性である」⁽⁹⁴⁾という第3版までの「心理学的（意味の）」自由意思（「機械的自然因果法則によるのではない、動機による決定可能性」）に相当する新たな一文が加わった（F）。この後に続く「このような意思決定可能性のみに、刑法は、哲学者たちの争いから切り離された自らの基礎を見出すのである」という記述からは、リストが第3版までと同様に、「倫理的（（意味の）」自由意思および「形而上的（意味の）」自由意思ではなく、「心理学的（意味の）」自由意思を帰責能力の内容とする立場をとっていることが理解できる。

以上より、リストは第4版および第5版においても、第3版までのA～Fの要素をすべて引き継いだうえに、「動機による決定可能性」（F）につき、リストはこれこそが「答責性の前提」としての「帰責能力の内容」⁽⁹⁵⁾であるとしており⁽⁹⁶⁾、それまでの「正常」性としての定義⁽⁹⁷⁾よりも「動機による決定可能性」（F）に比重を置き、かつ、それを詳細に説明したといえる。もっとも、すでに指摘したように、「動機による決定可能性」（F）自体は、第2版から言及されており、ここでは責任の定義としての内容をさらに明確に与えられたこ

(93) なお、リストは自らの立場と同様のものとして、フォイエルバッハおよびカントにおける感性界についての記述を挙げている（Vgl. v. Liszt, a. a. O., 4. Aufl., S. 161.; v. Liszt, a. a. O., 5. Aufl., S. 160.）。

(94) v. Liszt, a. a. O., 4. Aufl., S. 160.; v. Liszt, a. a. O., 5. Aufl., S. 159.

(95) v. Liszt, a. a. O., 4. Aufl., S. 160.; v. Liszt, a. a. O., 5. Aufl., S. 159.

(96) 日本においては、瀧川幸辰博士がリストのこの見解を支持することを指摘するのは、大谷實『刑事責任の基礎〔意思の自由と責任能力〕』（1968年、成文堂）90頁注1である。

(97) 「正常」性の不明確性を批判する見解については、拙稿「リスト理論における人間像」『野村稔先生古稀祝賀論文集』（2015年、成文堂）687頁参照。

とに意義がある。

第6～11版⁽⁹⁸⁾

第6版においては、第4版で「帰責能力」から「責任能力」へと変更された章の表題が、第3版までと同一の「帰責能力」⁽⁹⁹⁾のみとなったが、本文中では「責任能力」も使用されていることから、内容面での変更を示唆するものと評価する必要はないであろう。

実際に第6版から第11版の帰責能力の内容について見ても、帰責能力は有か無かのいずれかであることが帰結されていること⁽¹⁰⁰⁾(C)、帰責能力に無限の段階性があることが肯定されていること⁽¹⁰¹⁾(D)、帰責能力概念は、それが欠如する場合が列挙されているにすぎず消極性にしか規定されえないとされていること⁽¹⁰²⁾(E) に関しては、Cの記述が第10版から短縮されているものの、これまでと同様の記述となっている。また、帰責能力が「正常」性を中核として定義されていること⁽¹⁰³⁾(A) に関しても、第6版では第4版・第5版と同様であることに加え、第7版では「精神的に成熟し精神的に健全な人間、すなわち、正

(98) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch, 6. Aufl., 1894, S. 135 ff.; v. Liszt, Lehrbuch, 7. Aufl., 1896, S. 142 ff.; v. Liszt, Lehrbuch, 8. Aufl., 1897, S. 158 ff.; v. Liszt, Lehrbuch, 9. Aufl., 1899, S. 156 ff.; v. Liszt, Lehrbuch, 10. Aufl., 1900, S. 141 ff.; v. Liszt, Lehrbuch, 11. Aufl., 1902, S. 141 ff.

(99) v. Liszt, a. a. O., 6. Aufl., S. 135.; v. Liszt, a. a. O., 7. Aufl., S. 142.; v. Liszt, a. a. O., 8. Aufl., S. 158.; v. Liszt, a. a. O., 9. Aufl., S. 156.; v. Liszt, a. a. O., 10. Aufl., S. 141.; v. Liszt, a. a. O., 11. Aufl., S. 141.

(100) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 6. Aufl., S. 136.; v. Liszt, a. a. O., 7. Aufl., S. 142.; v. Liszt, a. a. O., 8. Aufl., S. 159.; v. Liszt, a. a. O., 9. Aufl., S. 157.; v. Liszt, a. a. O., 10. Aufl., S. 142.; v. Liszt, a. a. O., 11. Aufl., S. 142.

(101) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 6. Aufl., S. 136.; v. Liszt, a. a. O., 7. Aufl., S. 142.; v. Liszt, a. a. O., 8. Aufl., S. 159.; v. Liszt, a. a. O., 9. Aufl., S. 157.; v. Liszt, a. a. O., 10. Aufl., S. 142.; v. Liszt, a. a. O., 11. Aufl., S. 142.

(102) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 6. Aufl., S. 136.; v. Liszt, a. a. O., 7. Aufl., S. 143.; v. Liszt, a. a. O., 8. Aufl., S. 159.; v. Liszt, a. a. O., 9. Aufl., S. 157 f.; v. Liszt, a. a. O., 10. Aufl., S. 142.; v. Liszt, a. a. O., 11. Aufl., S. 142.

(103) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 6. Aufl., S. 135.; v. Liszt, a. a. O., 7. Aufl., S. 142.; v. Liszt, a. a. O., 8. Aufl., S. 158.; v. Liszt, a. a. O., 9. Aufl., S. 156.; v. Liszt, a. a. O., 10. Aufl., S. 141.; v. Liszt, a. a. O., 11. Aufl., S. 141.

常な決定可能性のある人間はすべて帰責能力がある」と明示し「正常」性の定義を帰責能力の項目内に戻している。

もともと、第6版では、責任論全体の項目において帰責能力の歴史が概説されるようになったことに伴って帰責能力の項目の記述の前半部分が削除され短くなったことによって、行為能力と強く関連づけられていること（B）および、「動機による決定可能性」（F）については、これまでの記述そのものは姿を消している。しかしながら、前者のBについては、「精神的成熟が、法と関係のない事項の諸領域において同じ時点に生ずるのでなく、発生の進行が長期であったり短期であったりするのと同様に、法的行為能力（圈点筆者）もまた、異なる法領域（例えば、公法、民法、刑法）とその下位領域（例えば、家族法、相続法、債権法）において人生の同じ段階に獲得されるのではない⁽¹⁰⁴⁾」という第1版から継続する記述が変更されずに残されており、このことは帰責能力を刑法的「行為能力」とするとの位置づけを維持すること（少なくとも明確には放棄しないこと）を意味すると評価する以外にはないと論理的には考えられることから、第6版ではBについても変更はないと考えられる。また、後者のFの点については、第6版では責任の項目内で関連する記述は見られないものの、第7版になると、先に挙げた「精神的に成熟し精神的に健全な人間、すなわち、正常な決定可能性のある人間はすべて帰責能力がある」という記述によって「正常」性と強く結びつけられた「決定可能性」は再び存在を復活させており、さらには、第9版以降では、その文の直後に「表象の正常な内容と正常な動機設定力が、帰責能力の本質をなす⁽¹⁰⁵⁾」という文が挿入され、「動機」の文言も前と変わらない意味づけを伴って復活しており、よって、Fについても変更はないというべきであるように思われる。

したがって、第6版から第11版においても、AからFは基本的にはそのま

(104) v. Liszt, a. a. O., 6. Aufl., S. 135 f.; v. Liszt, a. a. O., 7. Aufl., S. 142.; v. Liszt, a. a. O., 8. Aufl., S. 158 f.; v. Liszt, a. a. O., 9. Aufl., S. 157.; v. Liszt, a. a. O., 10. Aufl., S. 142.; v. Liszt, a. a. O., 11. Aufl., S. 142.

(105) v. Liszt, a. a. O., 9. Aufl., S. 156.; v. Liszt, a. a. O., 10. Aufl., 1900, S. 141.; v. Liszt, a. a. O., 11. Aufl., 1902, S. 141.

ま維持されているといえよう。

第12・13版⁽¹⁰⁶⁾

第12・13版では、第1版から第11版の責任の定義を一文で要約した文章が現れ、本稿で以上に述べたところの、リストの帰責能力論は版ごとの記述表現の変化にもかかわらず内容面では理論的一貫性を保っているということは非常に明瞭となる。すなわち、リストは、「帰責能力とは正常な決定可能性である」⁽¹⁰⁷⁾という、AとFを結合させたもの(A、F)を第12・13版において再び帰責能力の定義として明確に述べるに至ったのである。「したがって、混濁のない意識を備えた精神的に成熟し精神的に健全な人間はすべて帰責能力がある」こととなり、「表象の正常な内容と正常な動機設定力が、帰責能力の本質をなす」(F)ため、「刑法上の責任能力の理論は、帰責能力が例外的に阻却されると考えられる事由の列挙に重点を置いている」ことが帰結される(E)。

また、帰責能力が行為能力と強く関連づけられていること⁽¹⁰⁸⁾(B)については第11版と変化はないが、第10版から記述が短縮された、帰責能力は有か無かのいずれかであることが帰結されていること⁽¹⁰⁹⁾(C)については、再び詳しく論じられるようになった。すなわち、「さらに、注意すべきは、この提示した概念〔帰責能力；筆者注〕の相対性である。内部および外部の刺激に対する正常な反応と異常な反応の間には多数の段階がある。したがって、帰責能力者とそうでない者との、犯罪者を硬直的に区別し、よって刑罰と保安処分を際立って対置することは、学問的に誤りであり、実際上も危険である。興味深い規定として民法典829条参照。現行法に若干の助けを与えるのは『限定帰責能力』という一般に知られていない概念である。しかしながら、明確に強調しておかなければならない(遺憾なことに多くの精神科医の意見には反するのである

(106) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch, 12. und 13. Aufl., 1900, S. 163 ff.

(107) v. Liszt, a. a. O., 12. und 13. Aufl., S. 163.

(108) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 12. und 13. Aufl., S. 164.

(109) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 12. und 13. Aufl., S. 164 f.

が) のは、ここでは、軽減された刑罰ではなく、犯罪者と社会の利益のために、異なる処遇（治療または拘禁）が第一に重要となる（刑法典57条および217条参照）のである」。ここでリストは、帰責能力に無限の段階性があること（D）を述べると同時に、当時の刑法典57条を参照しているが、この規定は12歳以上18歳未満の犯罪者が処罰されるのを事理弁識能力のある場合（つまり、あくまでも帰責能力がある場合を意味する）に限定しており、また、同規定は刑期の短縮を伴うものであるところ、あえてリストは、刑期という刑罰の分量が減る側面ではなく、懲役刑をすべて禁固刑に振り替えて年少者専用の施設への収容を定めているという、刑罰の内容が18歳以上の通常の犯罪者から変更される側面を重要視する⁽¹¹⁰⁾ことによって、「限定帰責能力」は帰責能力が存在するが処遇に配慮を要するという場合のみを指すものであることを指摘し⁽¹¹¹⁾、帰責能力は有か無かのいずれかであること（C）を実質的には述べていると評価することができよう。

よって、第12・13版においても、帰責能力に関してはA～Fに則って説明されていると解することができる。

第14・15～20版⁽¹¹²⁾

第14・15版からは、「帰責能力とは、社会的態度の能力である」という定義が新たに加えられ、第16・17版では、それが「人間の国家的共同生活の要求に

(110) なお、217条も、母親による非嫡出嬰兒殺について、情状により懲役を禁錮にできることを定めている。

(111) 現在の日本の責任能力についても、「限定責任能力も責任能力の有無という観点からすると、責任能力有りなのであって、減輕は量刑が軽くなるにすぎない」ことを明確に指摘するのは、林美月子「責任能力判断と精神鑑定——最高裁平成20年4月25日判決を契機として——」立教法学87号（2013年）248頁である。同論文は、「限定責任能力の刑の必要的減輕という制度は、他方で、被告人の精神障害とその治療という質的な問題を解決していない。刑の減輕という量的な問題にすり替えられてしまっている」としてリストと同様の主張をしている。

(112) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch, 14. und 15. Aufl., 1905, S. 162 ff.; v. Liszt, Lehrbuch, 16. und 17. Aufl., 1908, S. 162 ff.; v. Liszt, Lehrbuch, 18. Aufl., 1910, S. 167 ff.; v. Liszt, Lehrbuch, 19. Aufl., 1912, S. 167 ff.; v. Liszt, Lehrbuch, 20. Aufl., 1914, S. 167 ff.

適合する態度の能力」と同義であることが示された⁽¹¹³⁾。そして、「これが存在する場合にのみ、反社会的態度は責任あるものとされうる」と帰責能力の説明がなされる一方、「この社会的適応能力が完全に欠けている場合には、刑罰威嚇と行刑に含まれる動機設定を通じて動機づけを試みることは無意味である」⁽¹¹⁴⁾として動機設定可能性を絶対的必要条件として帰責能力の中核に置く(F)とともに、新たに帰責能力と刑罰適応能力の結合がなされることとなった。

それ以降では、以上の内容に対するさらに詳細な解説が続き⁽¹¹⁵⁾、「したがって、帰責能力が前提とするのは、行為者の精神が社会的に一人前とされるのに必要なだけの諸表象を有していること、その諸表象の連関が正常な方法かつ正常な速度で生じること、その諸表象の感応力、および、一般規範、法規範、道徳規範、宗教規範等の動機設定力が人間の規則正しい共同生活の要求に適合すること、そして、意思衝動の方向と強度が本質的に異常を呈していないことである」として「正常」性(A)に言及し、その理由として、「というのも、人は自己の意識から他者の意識を推察し、自らの反応型から他者の反応型を予期するしかないのであるから、自己と他者の類似性、および、自己の経験から抽象化された類型と他者との一致が、帰責の前提となるからである」ことを挙げて「正常」性(A)の具体的内容に触れている。

そして、その直後に、「この意味において、帰責能力は正常な決定可能性と定義されうる」とまとめ、「よって、帰責可能であるのは、混濁のない意識がある、精神的に成熟しかつ精神的に健全な人間である」、および、「諸表象の正常な内容と正常な動機設定力が、帰責能力の本質をなす」(F)という第12・13版の同一の文章によって、AとFの要素を密接に結びつけることをリスト

(113) v. Liszt, a. a. O., 14. und 15. Aufl., S. 162. ; v. Liszt, a. a. O., 16. und 17. Aufl., S. 162. ; v. Liszt, a. a. O., 18. Aufl., S. 167. ; v. Liszt, a. a. O., 19. Aufl., S. 167. ; v. Liszt, a. a. O., 20. Aufl., S. 168.

(114) v. Liszt, a. a. O., 14. und 15. Aufl., S. 162. ; v. Liszt, a. a. O., 16. und 17. Aufl., S. 162. ; v. Liszt, a. a. O., 18. Aufl., S. 167 f. ; v. Liszt, a. a. O., 19. Aufl., S. 167 f. ; v. Liszt, a. a. O., 20. Aufl., S. 168.

(115) v. Liszt, a. a. O., 14. und 15. Aufl., S. 162 f. ; v. Liszt, a. a. O., 16. und 17. Aufl., S. 162 f. ; v. Liszt, a. a. O., 18. Aufl., S. 168. ; v. Liszt, a. a. O., 19. Aufl., S. 168. ; v. Liszt, a. a. O., 20. Aufl., S. 168.

は再度述べるとともに、やはり第12・13版と変わらず、「刑法上の責任能力の理論は、帰責能力が例外的に阻却されると考えられる事由の列举に重点を置いている」(E) としている⁽¹¹⁶⁾。

さて、ここまででA・E・Fを主張した次には、帰責能力に無限の段階性があること(D)、および、帰責能力は有か無かのいずれかであること(C)を論ずる第12・13版と同様の部分へと進んでゆくのであるが、A・E・FとC・Dとの間には第12・13版には存在しなかった文章が新たに加えられている。それは、「純粹に形式的には、帰責能力は刑法上の行為能力、つまり、刑法的に意味のある、刑法上の不法効果を導く行為を行う能力である」⁽¹¹⁷⁾という「帰責能力は刑法上の行為能力である」こと(B)を明示する主張である。本稿ではここまで、リストは第1版から第5版まではこのことを明示的に述べていたが、第6版以降も明示的な文言は姿を消したものの記述全体を解釈するならばBの内容は維持されていると解せるとの私見を提示してきたところ、第14・15版のリストの態度表明もこの私見の根拠となりうるように思われる。リストは、第2版以来の「形式的」の表現を復活させたことに加え、その直後に「このように、概念の定立は一般法理論の体系の中においてなされる」という、同じく第2版以来の「過度に特定の概念をより一般的でありよく知られた概念に還元することに意義がある」という記述と同様の内容を述べていることも、私見の根拠として挙げることができる。

以上より、第14・15版から第20版においても、リストは帰責能力をA～Fという軸に沿って論じているといえる。

第21・22版⁽¹¹⁸⁾

リスト自身による最終版である第21・22版では、「帰責能力は、社会的態度

(116) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 14. und 15. Aufl., S. 163.; v. Liszt, a. a. O., 16. und 17. Aufl., S. 163.; v. Liszt, a. a. O., 18. Aufl., S. 168.; v. Liszt, a. a. O., 19. Aufl., S. 168.; v. Liszt, a. a. O., 20. Aufl., S. 168.

(117) v. Liszt, a. a. O., 14. und 15. Aufl., S. 163.; v. Liszt, a. a. O., 16. und 17. Aufl., S. 163.; v. Liszt, a. a. O., 18. Aufl., S. 168 f.; v. Liszt, a. a. O., 19. Aufl., S. 168 f.; v. Liszt, a. a. O., 20. Aufl., S. 169.

のための、つまり、人間の国家的共同生活の要求に一致する目的設定のための(一般的)能力⁽¹¹⁹⁾と定義された。そして、ここにいう「社会的態度の一般的能力は、社会的要求の正しい認識の能力のみならず、その認識に従って行為するという別の能力の能力も含む」とされ、責任能力とは事理弁識能力と行動制御能力であるという現在の日本における責任能力の一般的理解とほぼ変わらない概念である。

同時に、「『社会的適応能力』を完全かつ永続的に欠く場合、刑罰威嚇と行刑に含まれる動機設定によって動機づけをしようとすることは意味を持たない⁽¹²⁰⁾」という帰責能力の実質的意味、すなわち帰責能力と刑罰効果の結合をこれまでと同様に保持したことも注目に値する。「したがって、帰責能力が前提とするのは、行為者の精神が社会的に一人前とされるのに必要なだけの諸表象を有していること、その諸表象の連関が正常な方法かつ正常な速度で生じること、その諸表象の感応力、および、一般規範、法規範、道徳規範、宗教規範等の動機設定力が平均程度に相当すること、そして、意思衝動の方向と強度が本質的に異常を呈していないことである」ということと、その根拠かつ具体的基準として、「というのも、人は自己の意識から他者の意識を推察し、自らの反応型から他者の反応型を予期するしかないのであるから、自己と他者の類似性、および、自己の経験から抽象化された類型と他者との一致が、帰責の前提となるからである」こと、そして、「この意味において、帰責性は正常な決定可能性と定義しうる」ため、「よって、帰責可能であるのは、混濁のない意識がある、精神的に成熟しかつ精神的に健全な人間である」こと、および、「諸表象の正常な内容と正常な動機設定力が、帰責能力の本質をなす」ことという「正常」性(A)と一体化した「動機による決定可能性」(F) — (A、F) — がこれまでと同じく論じられる⁽¹²¹⁾が、第21・22版からは、「正常」(A)の具体的

(118) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch, 21. und 22. Aufl., 1919, S. 156 ff.

(119) v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., 1919, S. 156.

(120) v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., 1919, S. 157.

(121) v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., 1919, S. 157.

内容につきこれまでに示されていた「類似性」に加えて、「平均程度」といういわゆる「一般人基準」を想起させる「基準」が提示されることとなった。なお、この第21・22版より、「以上の概念は自由意思の仮説と何ら関係ない」⁽¹²²⁾ことも述べられるようになったが、第3版から第5版までの自由意思をめぐる記述の存在を前提としたうえで、この第21・22版で「仮説」という単語が使用されていること、および、他の箇所がこれまでの版を通じて大きく変更されてはいないことに鑑みれば、ここにいう「自由意思」とは「倫理的（（意味の）」自由意思および「形而上的（意味の）」自由意思を指すと評価することが可能であろう。

そうであるとするなら、「以上からいえるのは、立法者の課題は帰責能力を積極的に定義することではなく、例外的に帰責能力が阻却されると考えられる事情を示すことであるということである」⁽¹²³⁾こととなる（E）。ここまでの記述から考えれば、「正常」ならば帰責能力があるのだから立法形式としては例外的に帰責能力がない場合を示せば足りるということなる⁽¹²⁴⁾。「もっとも、法律の消極的形式から帰責能力の積極的概念を導くことは可能である」とリストは帰責能力の内容を言い表すこと自体は肯定しており、帰責能力とは、「行為の違法（法規違反）を理解する能力とその理解に従って行為する能力」であるという、先に挙げた事理弁識能力と行動制御能力に相当する内容を再度提示している⁽¹²⁵⁾。

また、リストは、先に述べたように帰責能力と刑罰効果を関連づけて考察する一方で、「純粹に形式的には、帰責能力は刑法上の行為能力、つまり、刑法的に意味のある、刑法上の不法効果を導く行為を行う能力である」⁽¹²⁶⁾というこ

(122) v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., 1919, S. 157.

(123) v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., S. 157.

(124) ただし、リストは、帰責能力がないのは例外的であるというこの関係性は、帰責能力の存在を訴訟法上推定することを許すものではなく、帰責能力については検察側が立証しなければならず、被告側が不存在を立証する必要はないとする。

(125) v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., S. 157.

(126) v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., S. 157.

れまで同様の行為能力としての帰責能力という位置づけ(B)により、い・わ・ゆ・る刑罰適応能力説に与さないことを表明しているが、この立場は、「帰責能力は、行為の実行時に存在していなければならない」⁽¹²⁷⁾という記述からも容易に裏づけられる。そして、「このように、概念の定立は一般法理論の体系の中においてなされる」⁽¹²⁸⁾とする点においてもこれまでと変更はないが、本稿がリストの帰責能力論の変遷を第1版から追ってきたことにより、ここにいわれる「形式的」に「行為能力」であるということの意味が明らかとなる。「純粹に形式的」の文言はこれだけを単体で見ると解釈が難しく、一見「形だけ」の意味であると解しやすいと思われるが、そうではなく、別稿における責任論の検討で14版以降の責任の「形式的意味」は初期の版までの「法的意味」の言い換えであり、この「法的意味」とは責任の「犯罪論体系上の意味」を指す中核的要素であった⁽¹²⁹⁾ところ、帰責能力論においても、「行為能力」としての帰責能力をめぐって「法的意味」および「形式的意味」の両者が版を異にして用いられていること、そして、第14・15版より「行為能力」への言及に後続する「刑法上」・「刑法的に意味のある」という文言が存在することから推論すると、「形式的」とは、「形だけ」の意味ではなく、責任論と同様「法的」の意味に解することができ、同時に、「行為能力」としての帰責能力はリスト理論中の重要概念であると位置づけるべきであることがわかる。そして、この「行為能力」については、帰責能力の「概念の定立は一般法理論体系の中でなされる」という、民法・刑法共通の上位概念を探求することを示す記述により、民法上の行為能力と並行的に解することが説かれているところ、この点でも別稿で見たりストの錯誤論⁽¹³⁰⁾と同様であり、よって、責任論と同様であると評価できる。これについては、リストの方法論は一般的イメージに反して高度の概念法学的思考に貫かれているという先行研究⁽¹³¹⁾の正当な評価による説明が可

(127) v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., S. 158.

(128) v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., S. 157.

(129) 前掲・拙稿「リストの責任論(1)」96頁参照。

(130) 前掲・拙稿「リストの責任論(3・完)」99頁参照。

能であり、法学上の行為概念そのものの模索の結果と推察できる。

そして、「精神的成熟が、法と関係のない事項の諸領域において同じ時点に生ずるのでなく、発生の進行が長期であったり短期であったりするのと同様に、法的行為能力もまた、異なる法領域（例えば、公法、民法、刑法）とその下位領域（例えば、家族法、相続法、債権法）において人生の同じ段階に獲得されるのではないということには注意を要する。法的行為能力は、刑法の領域でも、同じ個人の同じ時点において、存在したり欠けたりするとされざるをえないが、それは、可罰的行為のいずれのグループが問題となっているか次第である（一方では殺人が、他方では政治犯が考えられる）」⁽¹³²⁾として、帰責能力を行為能力と関連させ（B）つつ、行為能力が法ごと犯罪類型ごとに異なるとしていわゆる部分的責任能力を肯定する点についても、第1版から一貫させている。

続いて、同じく第1版から内容的変化が見られないのは、「さらに注意すべきは、提示された概念の相対性である。内部および外部の刺激に対する正常な反応と異常な反応の間には多数の段階がある。したがって、帰責能力のある者となない者とで、犯罪者を硬直的に区別し、よって刑罰と保安処分を際立って対置することは、学問的に誤りであり、実際上も危険である」⁽¹³³⁾として帰責能力に無限の段階性があることを肯定はする（D）が、にもかかわらず、「ここから生ずるのは、我が国の刑法に一般規定としては存在しない（もともと、57条および217条参照）『限定帰責能力』の概念である」⁽¹³⁴⁾として第12・13版から登場した記述と同内容のものを置くことによって、第12・13版を概観した際に先述したように限定帰責能力の規定として、12歳以上18歳未満の少年があくまで

(131) 清水裕樹「フランツ・フォン・リスト」勝田有恒＝山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち—グラーツィアヌスからカール・シュミットまで—』（2008年、ミネルヴァ書房）373頁参照。

(132) v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., S. 158.

(133) v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., S. 158.

(134) v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., S. 158.

も事理弁識能力を備えていた場合に限って処遇形態を変えつつ処罰する57条をリストは例示しており、第1版を検討した際にも示したように、限定帰責能力の概念は事理弁識能力・行動制御能力、そして、「動機による決定可能性」(F)という帰責能力そのものが「平均程度」たる「正常」を下回った状態を指すものではないため、帰責能力は有か無かのいずれかであること(C)を同時に肯定しているということが出来る。なお、この第21・22版では、「限定帰責能力が存在するのは、それによって帰責能力が阻却される事情 (die Zustände, durch welche die Zurechnungsfähigkeit ausgeschlossen wird) が少ない程度で存在する場合である」⁽¹³⁵⁾という一文が加えられており、この「事情 (Zustände)」(状況)は先述した「例外的に帰責能力が阻却されると考えられる事情 (derjenigen Zustände, welche ausnahmsweise die Zurechnungsfähigkeit als ausgeschlossen erscheinen lassen)」(E)であり、精神障害(51条)等の事情が軽度に存在している状態について述べていることとなるため、リストは、決定可能性は減少しているとはいえず平均程度は上回っている状態を限定帰責能力と位置づけていると理解できよう。

以上リストの『ドイツ刑法教科書』の第1版から第21・22版まですべてを概観し明らかとなったことは、リストが帰責能力を現在の日本で一般化している「事理弁識能力と行動制御能力」という定義に加えて、次のように説明しているということである。すなわち、帰責能力の中核には「正常」性がある(A)、帰責能力は犯罪論体系上の概念としては責任要素であると同時に行為能力でもある(B)、帰責能力は有か無かのいずれかである(C)、帰責能力に無限の段階性がある(D)、帰責能力は刑法典上では帰責無能力という形で消極性にしか規定しえない(E)、刑法学上記述しうる帰責能力の内容は「動機による決定可能性」である(F)という各命題がこれにあたる。

さて、リストがA～Fにつき各版を通じて維持していたことがわかったも

(135) v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., S. 158.

の、ここでいくつかの疑問が生ずる。まず、リストが帰責能力の定義を「正常」性（A）と結合された「動機による決定可能性」（F）としていることの意義は何か（疑問①）ということである。

また、次に疑問として浮かぶのは、リストが、帰責能力が犯罪論体系上の行為能力である（B）としていることの意義は何か（疑問②）ということである。筆者は別稿において、リストの責任論を検討した際に、責任の分類に着目し、その法的意味とされる内容が犯罪論体系上の責任を指すものであることから、それがリストの責任論の重要部分であることを論じた⁽¹³⁶⁾が、その検討結果を本稿のリストの帰責能力論の検討にも並行的に当てはめるなら、当然に、法的意味かつ犯罪論体系上の帰責能力が行為能力とされていることにも何らかの重要な意義がある可能性が考えられ、これを十分に考察する必要がある。

さらに、最も問われなければならないのは、リストのいう、帰責能力は有か無かのいずれかである（C）ことと、帰責能力に無限の段階性がある（D）ことは矛盾するのではないか（疑問③）という点である。このCとDの2命題は、表面的には矛盾すると評価せざるをえないことから、この点につきリストの意図することをぜひとも解明する必要があるであろう。リストはこれに加えて、刑法典の中で帰責能力を失わせる事由として挙げられている特別な事情がないかぎり帰責能力は存在する（E）としているが、はたして、未成年であるという事情がなく、精神障害があるという事情もない人については、全員に「動機による決定可能性」（F）は存在するのであろうか。すなわち、リストは、帰責能力は刑法典上では帰責無能力という形で消極性にしか規定しえない（E）とは述べているが、それは、帰責無能力者以外には全員に「動機による決定可能性」（F）が存在するということが同値なのであろうか。これは、さらにわかりやすく言い換えるのなら、帰責能力者とされる人でありながら「動機による決定可能性」（F）が存在しないということはあるのかということである。ここまでまとめたリストの帰責能力論を読み返してみると、リストは、帰責能

(136) 前掲・拙稿「リストの責任論（2）」95頁以下参照。

力は刑法典上では帰責無能力という形で消極性にしか規定しえない(E)ため、それ以外の行為者は帰責能力者として刑罰の対象となると述べてはいるが、「帰責能力者には全員に『動機による決定可能性』(F)がある」とは述べていない。しかしながら、リストは帰責能力の定義を「動機による決定可能性」(F)としているのである。これらの一見矛盾する言説ははたして何を意味しているのであろうか。

第二款 リスト「刑法上の帰責能力」

ここまで本稿で概観した『ドイツ刑法教科書』における記述に加えて、リストは、当時の通説が犯罪者の処罰と精神障害者の保護を完全に異質なものと対置していたことを批判する「刑法上の帰責能力」と題する講演を論文としている⁽¹³⁷⁾が、そこでの主張は『ドイツ刑法教科書』の記述を前提としてはじめてその真意を理解することが可能であり、同時に、帰責能力に関して『ドイツ刑法教科書』と比較して詳細に論じられているこの論文を理解することにより、『ドイツ刑法教科書』中にあったリストの帰責能力論をより深く読み解くことが可能となり、前述の3点にわたる疑問を解決することも可能となる。

まず前提として、リストはこの論文がいかなる目的のもとに執筆されたものであるかを宣言している。その目的とは、犯罪と精神障害による行為(狂気; *Wahnsinn*)の態様を明らかにし、その両者を刑法上の帰責可能性という技術的・法的概念により対置(*Gegensatz*)しようとする当時の通説に対する批判的検討をすることである⁽¹³⁸⁾。これから見るように、リストは論文の序章に相当する部分のみならず内容全体においても、帰責能力者と帰責無能力者を「対置」することを一貫して批判しており、「対置」という文言はリストの帰責能力論を検討するキーワードになると思われるが、ここで問わなければならないのは、この「対置」の意味である。というのも、「対置」を否定するというこ

(137) Franz von Liszt, *Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit*, in: ders., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 2. Bd., 1905, S. 214 ff.

(138) Vgl. v. Liszt, a. a. O., S. 214 f.

とは、これまでの先行研究よるなら、責任能力者と無能力者との差異を相対化させ、刑罰適応能力の有無によって随意にその振り分けを行うことを許容することに帰結する⁽¹³⁹⁾ため、結局はリストも他の近代学派論者とまったく同様の体系に依拠することとなり、リストの客観主義理論は単に便宜上設けられた限界としての意義を有するにすぎず、論理的整合性を欠く接ぎ木としてしか評価しえないこととされかねないからである。

本論文の性質について、本論文は国際心理学会での講演の忠実な再現であるところ、その講演は「心理学者の好奇に満ちた注目を引いた」と書かれており、リストは、心理学者について、「身体と結びついた精神活動に精通しそれを一般に知らせ」、「正常な精神活動の明白な類型的要素を見出し明らかにするために、網のように複雑に絡み合った表象を解きほぐし、激しく上下に波打つ興奮の逸脱という暗黒を学問の光で満たそうと尽力する」性格を有することを述べ、実際の科学的精神構造の解明の重要性とそれを基礎にした帰責能力論の定立を宣言している。そしてそれとあわせて、帰責能力について、「諸概念の連関を通じてのみ、多くの現象を包括的に識別し具体的に把握することできる」一方で、「実際の現象は概念的束縛に収まりきらない」という困難を帯びるものであることを指摘している⁽¹⁴⁰⁾。以上は単なる論文の内容の紹介にすぎないようにも思われるが、ここから看取できるのは、リストが帰責能力を論ずるにあたって、法学者の専門領域である法概念という軸と、心理学者の専門領域である科学的現象という軸という2つの基軸を同時に意識しているということである。そしてこのことを、それまでの刑法学が前者のみをもとに帰責能力概念を構成してきたことを「対置」を否定することを通じて批判するというリストの宣言と併せて考えるならば、その両軸は一見すると対立関係にあるため、後者の軸のみに依拠すべき根拠を示すための作業、あるいは、両方の軸の位置づけを明確にしたうえで両者の調和・併用のあり方を示すための作業が必

(139) 前掲・拙稿「リスト理論における人間像」687頁以下参照。

(140) Vgl. v. Liszt, a. a. O., S. 214 f.

要となることから、そのいずれかを試みようとするリストの意図をも読み取ることができるといえよう。

では、まず、リストが批判した「対置」の意味について検討したい。リストは、我々の今日の法的確信によれば、精神健常者のみが犯罪（Verbrechen）を行うことができ、犯罪にのみ社会的無価値判断によって国家刑罰が生ずるのに対して、同胞という法仲間を侵害するか危殆化した精神障害者は、不幸な病人であり、容体が治癒可能であろうがなかろうが、同情のみならず配慮ある保護が与えられるべきであるとされている現状を紹介し、それが「犯罪者の処罰と精神障害者の保護という融通の利かない対置」を形成しているとしている⁽¹⁴¹⁾。ここでリストが発した問いは、「我々の今日の諸見解が要求する犯罪と狂気の境界線は法廷で用いるために概念を決定するという役割を果たしうるか」⁽¹⁴²⁾ということであるが、ここにいう「境界線」とは精神状態たる帰責能力、すなわち行為者の行為時の精神状態であり、その刑罰発動に必要であって刑罰的答責性（Verantwortlichkeit）の前提条件とされる帰責能力が、刑法と精神医学を分け、刑務所と精神病院を分けるとされているところ、リストはさらに、そのような精神状態はどのようにすれば解明できるかという問題に迫ろうと、以下の3方面から検討を進める。

第一に、リストが検討するのは、非決定論的意味における自由意思、すなわち、無原因の自己決定があるか否かによって「境界線」たる精神状態を決しようとする見解である⁽¹⁴³⁾。しかし、これに対しては、人が因果法則の支配を脱することはできないのみならず、刑法の基礎が哲学上の永遠の課題に左右されることとなり、いつかは解明されるかもしれないものの、刑法は処罰根拠が証明されるのを待ち続けそれまで処罰を控えるというわけにもいかないであろうと反駁し、そもそも自由意思ドグマは哲学上・宗教上でも必ずしも認められていないことにも言及している。このような意味における自由意思の否定は、

(141) Vgl. v. Liszt, a. a. O., S. 215 f.

(142) v. Liszt, a. a. O., S. 216.

(143) Vgl. v. Liszt, a. a. O., S. 216 ff.

『ドイツ刑法教科書』で概観した通りである。

第二に、知的要素のみによって「境界線」たる精神状態を決しようとする見解をリストは挙げている⁽¹⁴⁴⁾。当時の帝国刑法典が少年と聾啞者の答責性を「可罰性の認識に必要な弁識」に結び付けていることを根拠として、それが民法典（BGB828条2項）の7歳以上18歳未満の少年の答責性の要件と「完全に対応」していることを挙げつつ、民事法上と同じく刑事法上も、事理弁識能力という知的能力があり、是非を判断できたのであれば責任を問うてもよいのではないかという見解がこれである。しかし、リストはこの見解についても、正しい側面はあるが不十分であると批判する。「弁識能力はあるが感情または意思が病的に退化している」等の理由から知的能力は十分であってもそこでの判断によって行動するための行動制御能力がないということもありうることから、知的要素を備えていたとしても「答責性を欠く」ものとすべきも場合あるとして、「犯罪者の心理は統一的全体として把握されるべきであり、単独の機能に引き裂くことはできない」と論じている。

そこで、第三の見解として、リストは、「犯罪者の精神活動を、個々の心理的要素のいずれかにおいてではなく、不可分な統一体として見て、帰責能力を動機による『正常な決定の可能性』とする」見解を提示する⁽¹⁴⁵⁾（『ドイツ刑法教科書』の検討の際にFとした）。ここでいう動機とは、「表象全般、とりわけ、宗教、法、道徳、怜悯という人の態度全体を統制する一般的表象」を意味し、「表象に通常の方法で反応する者は帰責能力がある。帰責能力が失われるのは精神活動に障害がある場合であり、それは、表象、知覚、または意思の領域のいずれにおいてもありうるものであり、その障害によって、異常な反応が変則的に形成される場合である」ということを、BGB草案で民事法上の責任の前提が「規則的な意思決定の能力」とされていることを挙げつつリストは論じている。以上のように帰責能力を「動機による正常な決定の可能性」とするこ

(144) Vgl. v. Liszt, a. a. O., S. 218 f.

(145) Vgl. v. Liszt, a. a. O., S. 219 f.

とは、リストの『ドイツ刑法教科書』と一致していると同時に、民事法とも一致しているが、この発想は、『ドイツ刑法教科書』の第2版に始まる「過度に特定の概念をより一般的でありよく知られた概念に還元することに意義がある」という記述、および、同書第14・15版の「このように、概念の定立は一般法理論の体系の中においてなされる」という記述に見られる、リスト理論全体に流れる概念法学的手法⁽¹⁴⁶⁾の表れと評価できよう。

また、「正常」であること（A）については、『ドイツ刑法教科書』第12・13版同様の「混濁のない意識を備えた精神的に成熟し精神的に健全な人間はすべて帰責能力がある」という記述から、「帰責能力が排除されるのは、未成熟、精神障害、意識障害によってのみである」⁽¹⁴⁷⁾ことを導き、それによって、立法者にとっては積極的に概念を規定する必要がなくなり帰責能力が例外的に阻却されると考えられる事由を列挙しさえすればよいという望ましい結果が生ずる⁽¹⁴⁸⁾（E）点で、裁判官にとっても帰責能力の判断が容易になっているということがリストによる説明である。

このような帰責能力の本質は帰責能力の目的にも関連する。「少なくとも以上の見解が、動機の原因となる表象を植え付け、取り去り、強め、弱めることを目的としているという限りにおいて、同見解は最終的に、刑罰の効果を我々に保証してくれる」ことから「帰責能力とは、刑罰が目的とする動機づけに対する感受性」であるとして、リストはこれまでの内容を刑罰論に接合し、以上こそが「学問、立法、刑事司法、行刑の要求に沿う」と結論づけている⁽¹⁴⁹⁾。

以上述べられた見解は、当時疑いなく信じられていた帰責能力者と帰責無能力者を対置するという発想を前提とした場合に回答が困難となるであろう2つの疑問をリストが提起することによって、そのような対置が誤りであることを証明する形式で、さらに詳しく展開されてゆく。

(146) 前掲・拙稿「リスト理論における人間像」696頁参照。

(147) v. Liszt, a. a. O., S. 219.

(148) Vgl. v. Liszt, a. a. O., S. 219 f.

(149) v. Liszt, a. a. O., S. 220.

まず、第一の疑問は、「正常な人間は帰責能力があるとされる。犯罪者は、正常であるがゆえに、また、正常である限りにおいて、刑罰を科される。動機に対する異常な反応によって帰責能力は排除される」とするに際して、「正常な反応」すなわち「正常」性（A）の基準・範囲とは何か、言い換えるならば、「犯罪者はすべて、平均人の正常な態度から逸脱しているのではないか」ということである⁽¹⁵⁰⁾。リストは、行為者の「状態（Zustand）」が「正常」であるか否かの例として、「さいなむ嫉妬、燃え立つ愛国心、燃え上がるような性衝動、押し迫る貧困が、情緒の最深部をかき乱しつつ、潜在している衝動をあおり立てつつ、抑制の表象を圧倒しつつ、行為者を急な悪事へと引きずり込んだ場合、その時に行為者がいた状態は『正常』といえるか（圏点筆者）」を挙げ⁽¹⁵¹⁾、また、「貧困と病苦、恥辱と悪習の中で育ち、一人前になるよりずっと前に身も心も不良化して損なわれ随まで腐りきってしまった13歳の窃盗犯人は『正常』であるか」、さらに、「嘘とペテンを重ねながら全人生を長い間ずっとあちらこちら転々とし、今日は花柳界仲間の中では輝ききらめいて賞賛を浴びている人気者であるが、明日には再び街頭で薄汚れたみじめな状態に突き落とされ、刑務所の独房以外の故郷はなく、そこでのみ安息と平穩、規律と秩序を見出すような女詐欺師は『正常』であるか」を問いかけている。これについて、リストは、「正常」性の概念は論理上必然に一定の幅があることを肯定するものの、これまでと同様に帰責能力者と帰責無能力者を対置するならば、犯罪者を帰責能力者の中に包含するためには際限なく「正常」の範囲を広げざるをえなくなろうと指摘する。次に、第二の疑問は、刑罰による動機設定が不可能である改善不能犯人に対して社会を防衛するに際して、行為者の動機設定可能性を考える余地はあるかということである⁽¹⁵²⁾。

(150) v. Liszt, a. a. O., S. 220 f.

(151) リストが規範的責任論という期待可能性を論じていないことに関してここで注目すべきは、リストは行為時の「状況の正常性」そのものについて言及しているわけではないものの、「状況」が行為者の状態に著しい影響を及ぼす事例を挙げているということである。

(152) Vgl. v. Liszt, a. a. O., S. 221f.

以上からリストは、犯罪者の改善と精神病者の治療を際立って対置させることは維持しえないと主張する⁽¹⁵³⁾のであるが、ここで留意すべきは、これらの疑問で問題とされているのは当時のドイツであれ現代の日本であれどのような立場から見ても帰責能力あるいは責任能力が欠けるとして無罪にはしえないことが明らかである場合についてであること、および、第一の疑問と第二の疑問が区別されていることはリスト自身が明確にしており、かつ、前者は、何らかの特殊な事情がありそれが行為者の状態に影響しているが、それが当時の帝国刑法51条が帰責能力を失わせる事由として限定列举していた「精神活動の病的障害」に該当するか否かが疑われる場合についてであり、後者は、そのような特殊な事情の存否を問うているのではなく、端的に改善不能犯人についてのものであるということである。

このような疑問の解決を目指すにあたって、まずリストが第一の疑問に関連して参照を促すのは、「限定帰責能力」概念である⁽¹⁵⁴⁾。『ドイツ刑法教科書』でもリストは述べていたように、精神的成熟、精神活動の健康、意識には、それが完全なものから逆に完全に欠けた状態まで無数の段階があり（F）、また、それ以外にも、アルコール中毒、麻薬中毒、背徳症（*moralischer Irrsinn*）〔筆者注：現代でいうパーソナリティ障害、精神病質〕といった、動機への反応が正常な人間とは異なる場合がある中でいかに境界線を設けるべきであるかということについて法律家と精神科医が長年激しく争いを続け、精神医学が毎回新たな病気の類型を見出すたびに、刑法上の帰責能力者の処罰から帰責無能力者の治療へと領域の変更を迫られてきた歴史をリストは展開し、その中で法的に認められた法律家の支配領域を一新する形で登場したのが限定帰責能力という概念を用いるという提案であるとする。しかしながら、限定帰責能力概念が法律家からの歩み寄りであるという精神医学の側からの受け取り方は誤解であり、あくまでも、「限定帰責能力者は帰責能力者である」ため「科刑の前提は

(153) Vgl. v. Liszt, a. a. O., S. 222.

(154) Vgl. v. Liszt, a. a. O., S. 222 f.

存在する」場合を指すものである（C）ことをリストは強調する。限定帰責能力は、「精神科医の主張を裁判官の責任判断が覆す」場合、つまり、精神科医が病気の存在を認定した（すなわち、帰責能力を阻却しうる刑法上の列举事由が存在する（E））にもかかわらず裁判官が刑罰を科すという決定をする場合を意味するのである。よって、リストは、限定帰責能力概念は法律家からの歩み寄りではなく「法律家の勝利」であると評している。

以上を論じたうえで、リストは、あえて通説に逆らって主張すると明言しつつ述べているが、そのような「法律家の勝利」を台無しにしているものが「法秩序（Rechtsordnung）」という概念であるとして、その証拠として以下のような仮の例を挙げている⁽¹⁵⁵⁾。それは、ある12歳〔筆者注：先述したように、当時のドイツ帝国刑法57条によって処罰が可能な最低年齢である〕の女が2歳の子供の子守を引き受けたが、粗末なイヤリングを盗んで買い食いをするために、その子供を殺害してしまったという強盗殺人の事例である。しかし、彼女は、犯行は認めているものの後悔の念がないことから、倫理的無関心と情緒異常があるとして帰責能力の存否が問題となったところ、医師は「背徳症」であるとの診断をした。この場合、裁判官は、その診断に左右されず刑罰を科すことが可能であるが、その刑罰は数年の拘禁という「限定帰責能力による減軽された刑罰」であり、それで先述の「法秩序」の回復はなされたこととなってしまうのである。このような判決では、刑期の満了をもって彼女は社会に対する危険性をまったく除去されないままに出所し、法によって野の獣のように完全に自由の身になり再び子守となることも可能となる。しかし、当時の通説によれば、「応報的正義」の名のもと限定帰責能力者の「『責任』は『償われる』」であり、かつそれは「『刑罰』によってのみなされる」ため、刑罰の値引きに応じた結果、刑罰が軽すぎて社会の安全が害されることとなるとリストは警告する。そこで、限定帰責能力者の公共に対する危険性が証明された場合には、「社会防衛のために施設への拘禁が必要不可欠である」と考えて、「行為者の公

(155) Vgl. v. Liszt, a. a. O., S. 223 f.

共に対する危険性がなくなっはじめてその拘禁が解かれる」という解決策を紹介し、その実例としてスイス刑法草案が軽減された刑罰に加えて保安処分を定めていることを挙げている。しかし、そのような刑事政策上の妥協は、精神活動に病的障害があることによって「動機による正常な決定可能性」(A、F)という帰責能力が失われているにもかかわらず「刑罰」を科すことを肯定することとなる点で一貫性を欠き学問上は採用できないとされる。すなわち、「学問は妥協を知らない」のである。このように、帝国刑法51条の列挙事由があったとしても、あるいは、なかったとしても、いずれにせよ、精神活動の病的障害により「動機による正常な決定可能性」(A、F)を欠いている行為者について、リストは「限定帰責能力」概念を用いて対処するという選択肢は取らないという見解であることが明らかとなった。

続いて、リストは、第二の疑問の検討へと進む⁽¹⁵⁶⁾。刑罰による動機設定が不可能である改善不能犯人について考える場合、帰責能力者への科刑と帰責無能力者の拘禁の接合が思い起こされるとリストは述べ、「おしなべて、刑務所と精神病院、犯罪と狂気の厳密な境界線を毅然と維持すること、とりわけ、帰責能力概念によってその境界線を形成することは可能であるか」を問うている。これについて、リストは、両者の処遇の内容に差異を見出すことは一応可能であるとして、「刑罰が目的とする動機設定に対する感受性としての帰責能力が境界となる」との回答を用意するものの、この境界線はあいまいになりつつあることを示し、さらに、「改善不能な慣習犯人に対する保安刑が治療不能かつ公共に危険のある精神病者に対する拘禁と何によって区別されるか」という問いをさらに立てて、これへの回答とはなりえないと指摘する。両者には執行の厳格性の点で差異はあるが、それは非本質的な、とるに足らぬものであり、両者を帰責能力によって区分することはできない。なぜなら、「改善不能犯人に帰責能力はないからである」。すなわち、刑罰威嚇が存在することおよび前回の犯罪で実際に刑罰を受けたことという、快・不快、損・得を計算でき

(156) Vgl. v. Liszt, a. a. O., S. 225 f.

る人にとっての明らかな不快と損をものともせず犯罪を重ねる改善不能犯人には、帰責能力が否定される刑法典上の事由は存在しないものの、非決定論者が帰責能力の本質とするところの「自由な意思決定」は存在しないし、リストが帰責能力とするところの「動機による正常な決定可能性」（A、F）および「刑罰が目的とする動機設定に対する感受性」も欠いているのである。

以上のように、リストは、この論文において、帰責能力者とそれに対する刑罰、および、帰責無能力者とそれに対する保安処分という2つを対置することが誤りであることを主張し、最後に立法者に向けた提言で締めくくっている⁽¹⁵⁷⁾。ここまできらいえることは、リストは、「正常」性（A）という刑法上の帰責能力の内容たる「動機による決定可能性」（F）には無限の段階性がある（D）としつつも、帰責能力は刑法典上それを欠く場合という消極性形式で規定すべきであり（E）、あくまでも帰責能力は有か無かのいずれかである（C）ことを述べる点で、『ドイツ刑法教科書』中と同様の主張をしていると評価することができるということである。一方で、リストは、刑罰発動に必要な帰責能力の内容を、行為者の行為時の精神状態と定め、*い・わ・ゆ・る*受刑能力説に立たないことを明言している。そしてそれと同時に、帰責能力の目的は動機の原因となる表象に影響を与えることにより刑罰の効果を担保することであるとし、正常な人間が有する帰責能力を刑罰目的である動機づけに対する感受性と定義づけている点は、『ドイツ刑法教科書』中で帰責能力の中核を法的・形式的には行為能力である（B）と述べることにより主張した有責行為能力説を、行為時におけるコントロール可能性という要素を通じ特別予防論に結合させている⁽¹⁵⁸⁾と位置づけることが可能である。一般的に特別予防論とは相いれないと考えられている要素を独自の方法により特別予防論と一体化させているというこれまで拙稿で検討してきたリスト理論の特徴⁽¹⁵⁹⁾は、帰責能力論にも当ては

(157) Vgl. v. Liszt, a. a. O., S. 227 ff.

(158) リストの理論とは内容が異なるが、責任能力を特別予防との関連で論ずる見解として、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）222頁以下参照。

まると見ることが可能であろう。

以上のことから考察すると、先に提起された3つの疑問（疑問①・②・③）も解決されるように思われる。

まず、「正常」性（A）について（疑問①）であるが、「動機による正常な決定可能性」として「動機による決定可能性」（F）と結合されていることから明白であるように、あくまでも「動機による決定可能性」（F）を内容としていることが重要な前提であろう。というのも、すでに検討したように、『ドイツ刑法教科書』の第2版においてリストは、帰責能力の内容として事理弁識能力と行動制御能力では足りず「正常」性（A）も必要である旨を明言しているところ、この「正常」性（A）については以下のような批判が投げかけられているからである。すなわち、「リストはこれについて明確に『基準となる価値判断——それは支配階級の価値判断である。……我々支配階級が、今日だけが処罰されるべきであり、また処罰されるべきではないかを決定する。我々のこの価値判断が、下層に属する広範な国民の価値判断から外れているということは全く問題外のことで、今日、精神病者に科刑能力がないと説明するのは、ほかでもなく我々なのである』と説明している。実力をその存立根拠と考える実証主義的国家観をもっており、しかも普遍的な観念の存在を否定しているリストにとって、現に存在する責任能力者である『支配階級およびこれに類似したもの』が動機およびその正常性を判断するのは当然の帰結であろう。とはいえ、このような理論構成は明確な負の側面を持っており、たとえば支配階級の意思に背くものがあるとするれば、支配階級はそのようなものを責任無能力者として決定できるという意味合いも含んでいるのである。これは、結局、『支配階級とこれに類似したもの』と違ったかたちで思考し行動するものは、社会の危険要因として扱われ、結局社会の安全のために無害化されても構わないという考えに結びつきかねない」⁽¹⁶⁰⁾、また、それによって、「結局、支配階級の見

(159) 前掲・拙稿「刑罰の本質と目的（2・完）」75頁以下参照。

(160) 朴普錫「フランツ・フォン・リストにおける学問観」立命館法学362号（2015年）70頁。

解と異なつて思考し行動する者、とくに支配階級の政治的・法的・倫理的・宗教的見解と直接対立する者は、究極的には、すべて狂人であり、かかる者は、『社会』に危険な者として、『社会』（それはリストの文脈からして支配階級の維持防衛しようとする社会であるといわざるをえないであろう）の安全のために拘禁され⁽¹⁶¹⁾るとの批判である。これに対しては、まず、リストのいう「正常」性（A）は、内心における思想そのものの「正常」性ではなく、「動機による決定可能性」（F）の「正常」性に主軸を置いているとの反批判が可能である。本稿で検討したようにリストは『ドイツ刑法教科書』各版および論文「刑法上の帰責能力」において「動機による正常な決定可能性」（A、F）という文言は用いていたが「正常な動機による決定可能性」という文言は用いておらず、また、論文「刑法上の帰責能力」において、帰責能力の要件として「通常の方法で反応する」ことという反応の態様を挙げていた。そしてそれは民事上の責任たる「規則的な意思決定の能力」とパラレルなものである述べて意思決定の規則性と同一視していたのである。さらに、別稿で示したように、「リストが刑罰の目的として、生活条件（法益）の保護という動物界における反動の目的と変わらないものを置いていた」⁽¹⁶²⁾こと、つまり、思想信条が存在しない動物を対象とする場合を引き合いに出して刑罰を説明していることと併せて考えても、リストは、「動機による決定可能性」（F）という機能が「正常」（A）であること、言い換えるならば、「動機」そのものの内容というよりも、ある「動機」が置かれた際に行爲者が意思すなわち行爲を「決定」する働きすなわち機能が「正常」であることを帰責能力としているといえる。

もっとも、そうであるとしても、その機能ないし働きのなされ方が、「支配階層」という「多数者」と同一であることをリストが要求するのであれば、結局のところ、内心における思想の「正常」性（A）のみを問うていることと差異がなくなるとの批判もなされうるかもしれない。また、それが「恒常的なも

(161) 藤尾彰「リストの刑法思想の現代的意味」新潟大学法経論集14巻4号（1965年）107頁。

(162) 前掲・拙稿「刑罰の本質と目的（2・完）」50頁。

のではなく、情勢によってその都度変わるものである」ところの「実力による秩序」としての「支配階級つまり国家の支配者」である⁽¹⁶³⁾なら、「ナチ政権の出現も、リストの体系及び彼の学問観からは容認され得る」⁽¹⁶⁴⁾ところとなろう。しかしながら、リストは、「動機による決定可能性」(F)における「動機」として、『ドイツ刑法教科書』の第4版と論文「刑法上の帰責能力」のいずれでも「宗教」・「道徳」のみならず「法」・「憐愍」も挙げていること、そして、『ドイツ刑法教科書』の第2版において「動機による決定可能性」(F)を「自ら設定した（自律的な）動機」による「倫理的（意味の）」自由意思ではなく「機械的因果法則によるのではない」というだけの次元にとどまる「心理学的（意味の）」自由意思と位置づけており、それは後の第4版でも、「哲学者たちの争いから切り離された」ものであるとされているため、善・悪の判断によって犯罪を思いとどまるのでなくとも、快・不快または損・得の考慮によって犯罪を思いとどまる場合も「正常」に「決定」されていると評価されると考えられること、また、先に挙げた民事上の「規則的な意思決定の能力」と比較した場合、民事上の責任概念が特定の思想・宗教を要求するものではないことは明白であることから、リストは刑事上も同様に考えていると思われること、さらには、リストが論文「刑法上の帰責能力」中で「正常」であることが疑わしいとしていた「13歳の窃盗犯人」および「女詐欺師」といった例は、犯罪の「社会的原因」⁽¹⁶⁵⁾に長期間さらされることによりそれがもはや個人的原因となってしまったもの⁽¹⁶⁶⁾が存在する場合であることに鑑みたとき、リストのいう「正常」とは善・悪、快・不快、損・得によって「自己決定可能な市民」⁽¹⁶⁷⁾であることを指すというべきであるように思われる。つまり、価値観が「国家目的」に一致することは望ましいかもしれないが、それは「正常」性(A)の必

(163) 朴・前掲「フランツ・フォン・リストにおける学問観」90頁。

(164) 朴・前掲「フランツ・フォン・リストにおける学問観」93頁。

(165) 貧困、悪習といったものがこれに該当する。

(166) 前掲・拙稿「リスト理論における人間像」699頁。

(167) 前掲・拙稿「リスト理論における人間像」694頁。

要条件ではなく、行為者がそれぞれそこに価値を置く利益（快、得）を上回ると考えて「正常」な通常人なら行為に出ることを思いとどまるだけの害悪（不快、損）を「法」が刑罰として規定した際に、それに「正常」に反応し犯罪を思いとどまるという機能こそが、リストのいう「動機による正常な決定可能性」（A、F）であると解することができよう。このことはリストが責任そのものを「機能」として位置づけていたという別稿における筆者の主張⁽¹⁶⁸⁾とも整合的といえる。したがって、リストは、たしかに「正常」性（A）の判断基準として「支配階層」を置いてはいるが、それは、「正常」性（A）の内容をその時々々の為政者が無限の恣意性をもって決定しうることを意味するのではなく、「『支配階級およびこれに類似するもの』であるということは言うまでもない」ところの「教養市民（das gebildete Volk）」である⁽¹⁶⁹⁾「概念法学的な同質な合理的人間」⁽¹⁷⁰⁾、すなわち、「善・悪、快・不快、損・得を合理的に判断しそれに従って行動するような理念的『市民』」⁽¹⁷¹⁾であればそのように考え行動するであろうという様態こそが「正常」と判断されることを指すものといえるであろう。

以上のような考察を前提とすると、帰責能力が犯罪論体系上の行為能力であ

(168) 前掲・拙稿「リストの責任論（2）」98頁参照。

(169) リストがこれを明言していることを指摘するのは、朴・前掲「フランツ・フォン・リストにおける学問観」である。同92頁は、「教養市民」とは、「大学教育を受けている」ところの「大学教授・ギムナジウム教師・裁判官・高級行政官僚・プロテスタント聖職者を含む広義の高級官僚と医師・弁護士・作家・芸術家・ジャーナリスト・編集者などの自由職業」にある者であるとしており、「その後継世代は優れて彼ら自身の子弟のなかから補給される」という特徴を有し「社会的威信が経済的裕福よりも重視される」等の「特有なメンタリティーや行動様式をもつ」とされることから考えるなら、先述したような「恒常的なものではなく、情勢によってその都度変わるものである」ところの「実力による秩序」としての「支配階級つまり国家の支配者」に過ぎずその内実は無色透明であってそこに入るのは「ナチ政権」でもよいという同書の評価には必ずしも至る必要はないであろう。もっとも、そのような「教養市民」は特定個人数名ではなく一定数が確実に存在するため、それらの人々から抽出される類型としての理念型であるといえよう。

(170) 前掲・拙稿「リスト理論における人間像」696頁。

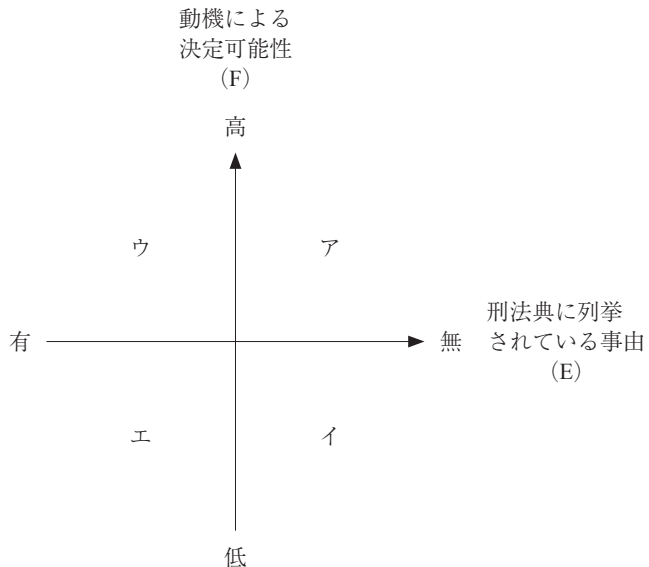
(171) 前掲・拙稿「リスト理論における人間像」699頁。

る (B) 意義が何であるか (疑問②) ということも次第に明らかとなる。まず、帰責能力が行為能力であるとされている (B) のは、先に分析したように、法的意味においてであることに注意を要すると同時に、帰責能力は有か無かのいずれかである (C) こととも密接に関連するといえる。なぜなら、法的な観点からは、「市民」には、民事法上で法律行為を独立して有効に行うことができる行為能力が形式的要件から一律に認められるのと同様に、刑事法上も帰責能力を刑事法上の行為能力に属する (少なくとも、そこから派生した) ものと位置づける (B) ののであれば、年齢が一定以上であり法定の事由が存在しない (E) という形式的基準によって一律に認められる (C) はずだからである。だからこそ、帰責能力は学問的にはその内容を詳細に分析し実質的に定義することはできても、刑法典上では帰責無能力という形で消極性にしか規定しえない (E) ののである。さらにいうのであれば、年齢が一定以上であり法定の事由が存在しない (E) 「市民」たる人に対し、例えば一定の方面での能力の低さのような、法定された事由以外の理由によって民事法上・刑事法上の行為能力 (ゆえに、刑事法上の帰責能力) を認めないということはあってはならないであろう。

さて、そのように考えた場合、帰責能力は有か無かのいずれかである (C) ことと、帰責能力に無限の段階性がある (D) ことは矛盾するのではないか (疑問③) という問いも解決することとなる。たしかに、帰責能力は実質的に見れば人それぞれで異なり、学問上とりわけ科学 (精神医学) 上は、善・悪、快・不快、損・得を冷静に考慮・計算し、それに従って的確に行動できる人から、不可解な理由または一時の衝動のみで明らかに発覚するような殺人を犯すというような人まで、幅広く存在することを否定することはできないであろう。しかし、リストは帰責能力を形式的 (法的) 意味において論じており、帰責能力の法的意味、すなわち、一定の年齢になれば原則一律に与えられるという意味では形式的な側面から見た帰責能力は有か無のいずれかであり、さらに帰責無能力となる場合は精神障害等の刑法典に列挙されている事由の有無によって決まる (E) ののであるから、C と D の内容は矛盾しない。

また、一見相容れないように見えたCとDをあえて述べていることには、重要な意味があるといえよう。それは、周知のように近代学派理論の契機となった常習累犯者（慣習犯人）をめぐるものである。もし、帰責能力の程度を事理弁識能力・行動制御能力、あるいは、動機による決定可能性（F）の高低により決するとするならば、常習累犯者は明らかに規範意識の鈍麻により事理弁識能力・行動制御能力、動機による決定可能性（F）が低下しており、事実、「善・悪、快・不快、損・得を合理的に判断しそれに従って行動する」ことができなかったわけであるから、帰責無能力に接近することとなるはずであるが、もちろん無罪とすることを肯定する論者はいないであろう。そうであるとすると、帰責能力を判断するに際しては、事理弁識能力・行動制御能力、動機による決定可能性（F）の高低とは別に、帰責能力に影響を与えた原因としての刑法典に列挙されている事由の有無を検討することになる。この2つの軸を用いると、行為者は、事理弁識能力・行動制御能力（動機による決定可能性）

図表 1



が平均以上であり列挙事由がない(ア)、事理弁識能力・行動制御能力(動機による決定可能性)が平均以下であり列挙事由がない(イ)、事理弁識能力・行動制御能力(動機による決定可能性)が平均以上であり列挙事由がある(ウ)、事理弁識能力・行動制御能力(動機による決定可能性)が平均以下であり列挙事由がある(エ)の4類型に区分されることになる(図表1)。

この図表1中で類型アは通常の帰責能力者を、また、類型エは重度の精神障害を有する触法行為者といった典型的な帰責無能力者をそれぞれ意味することは異論のないところであろう。しかしながら、このように2つの軸を置いて考えた場合、この2類型に加えて、類型イと類型ウが存在するのである。類型イは列挙事由がないという点では類型アの通常の帰責能力者と同じであるが、事理弁識能力・行動制御能力、動機による決定可能性(F)が平均以下であるという点では類型エの典型的な帰責無能力者と同じであり、また、類型ウは事理弁識能力・行動制御能力、動機による決定可能性(F)が平均以上である⁽¹⁷²⁾という点では類型アの通常の帰責能力者と同じであるが、列挙事由があるという点では類型エの典型的な帰責無能力者と同じであるというように、これら後者2類型の特徴は、2つの軸のいずれかにおいて類型アおよび類型エと異なるために、そのいずれにも分類できないことである。

さて、このように整理してみると、リストが論文「刑法上の帰責能力」において、帰責能力者による犯罪と精神障害のある帰責無能力者による触法行為を「対置」することの誤りを指摘したことの意図、そして翻って見れば、『ドイツ刑法教科書』中で、帰責能力は有か無かのいずれかである(C)ことと、帰責能力に無限の段階性がある(D)ことという一見矛盾する2命題を存置し続けたことの意図が明らかとなってくるのである。まず、1つ目の意図は、類型ウ、すなわち、「動機による決定可能性」(F)という帰責能力が平均以上ありかつリストの責任の実質的定義たる行為者の危険性が認められるとはいえ、その危険性(別稿でリストが着目した犯罪原因として取り上げたような「法秩序

(172) 前掲・拙稿「リスト理論における人間像」698頁。

に対する反抗的態度⁽¹⁷²⁾が精神障害等に関係しており、通常の犯罪者と同様に懲役刑の作業を課したとしても効果が期待できず、その精神障害を治療することこそが再犯の危険性を除去することになる行為者⁽¹⁷³⁾の存在を主張することであると考えられる。というもの、そうであるからこそ、リストは、すでに指摘したように、あくまでも「動機による正常な決定可能性」(A、F)が存在するものとしての「限定帰責能力」という概念を提示し、類型アおよび類型エに該当しない行為者が存在することを認めるべきであると主張し、第12・13版でとりわけはっきりと述べているように、この類型の行為者にとっては、刑罰の分量の軽減ではなく処遇内容の変更こそが必要であるとしたと考えることができるからである。次に、2つ目の意図は、類型イ、すなわち、精神障害等がなくても「動機による正常な決定可能性」(A、F)に依拠する刑罰威嚇の効果が期待できない行為者がいることを認識しそれを受け入れたうえで刑法理論を構築すべきであると主張することにあるように思われる。なるほど、このように、帰責能力に関して2つの軸を明確に区別したうえで事実在即して分析を進めるなら、行為者に精神障害等の事由が存在しなくても、様々な個人的要因・社会的要因によって身についてしまった「法秩序に対する反抗的態度」が強化された結果として事理弁識能力・行動制御能力、「動機による正常な決定可能性」(A、F)が欠ける、すなわち、先述した「善・悪、快・不快、損・得を合理的に判断しそれに従って行動する」ことができないということがありうる（むしろそうである場合が多い）と考えられるのではないだろうか。例えば、暴力団員について、『『人生は金次第だ』、『人前で恥をかかされたら返しする』、(中略)『頼りにする人の言うことには絶対に従う』などが自分の気持ちに合っていると考える者が多い。このことは、非合法手段によって利益を得ることを目的としたり、報復や上位者への忠誠を重視したりする暴力団員の性

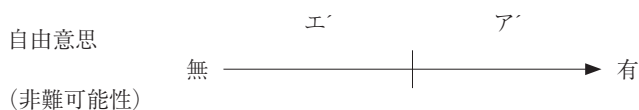
(173) もっとも、事理弁識能力・行動制御能力、動機による決定可能性(F)が平均を超えているのみならず著しく高いという場合については、精神障害等が存在はしていても当該行為には影響していなかったとされるであろうから、おそらく通常の帰責能力が認められるのではないだろうか。

格をよく表している」⁽¹⁷⁴⁾とされることは、暴力団員に「善・悪」の判断とは乖離した価値観が身につけているともいえ、特に報復・上位者への忠誠は、それが刑務所での長期の服役あるいは死刑の可能性を伴う場合には、同じく「快・不快、損・得」を合理的に判断しているとはいいがたい。いわゆる常習累犯者もこの類型に分類することができるが、この類型こそが、リスト時代の古典学派が認識できていなかった、あるいは、あえて認識しようとしていなかったものである。リストは古典学派が自由意思論に基づいて刑法理論を構築しようとすることを批判するが、これは古典学派の論者が自由意思のある非難可能な類型ア'と自由意思がなく非難不可能な類型エ'のみを2つの対象物として直線状に対置し類型イの存在を無視したこと(図表2)を批判する意図であろう。リストによれば、類型アと類型エの他に、類型ウ、そして、これこそがリスト理論において犯罪との「闘争」に際し最も重要かつ困難な課題となるところの類型イという全4つの行為者類型が存在するため、2つの類型の「対置」ということは起こりえず、とりわけ、その中で、通常は犯罪に出ないはずの類型アと純粹に治療の対象となる類型エのみに焦点を当て、最も重要な類型イを等閑視することは当然に批判的となるであろう。今日においても、いわゆる「フィクションとしての自由意思」の概念⁽¹⁷⁵⁾は、責任能力者を類型アと類型イとに分割することをせず、事実に「善・悪、快・不快、損・得を合理的に判断しそれに従って的確に行動する」ことがおよそできない者でも精神障害等の特段の事由がない限りは規範的には判断・行動をなしたと見做して、類型イを類型アに取り込む形で統一を図る発想と位置づけることも可能ではないだろうかとも思われる。これに対し、リストは、『ドイツ刑法教科書』中では、帰責無能力となる場合は精神障害等の刑法典に列挙されている事由の有無によって決まる(E)ことによつて

(174) 警察庁編『平成5年版警察白書 暴力団対策法施行後1年を振り返って』(1993年、大蔵省印刷局)33頁。

(175) この概念にも、主張する論者ごとに内容と意味づけの差異があるが、これについては、大谷・前掲『刑事責任の基礎』17頁以下参照。

図表 2



帰責能力は有か無かのいずれかとなる（C）という法的な観点（図表 1 中の横軸）と、事理弁識能力・行動制御能力、動機による決定可能性（F）そのものには無限の段階性がある（D）という事実的な観点（図表 1 中の縦軸）からなる 2 つの異なる軸を理論中に設けていたと考えるのが妥当であると思われる。

さらに、以上のようなリスト理論の分析は、リストによる行為者の 3 分類とも整合的であるように思われる。リストは行為者を、別稿ですでに論じたように、事理弁識能力・行動制御能力、「動機による正常な決定可能性」（A、F）のある「威嚇がなされるべき機会犯人」と事理弁識能力・行動制御能力、「動機による正常な決定可能性」（A、F）を欠く「慣習犯人」に分類している⁽¹⁷⁶⁾ところ、まさしく、前者は類型アを指す概念であり、また、後者をリストは「改善可能（必要）犯人」と「改善不能犯人」に区分しているが、「改善不能犯人」が類型イを指す概念であることは定義上自明であろう。

なお、加えて気づかされるのは、リストは帰責能力を欠く場合は刑法典上で制限列举されるべき（E）と主張する一方で、帰責能力を「動機による正常な決定可能性」（A、F）と定義としているところ、「動機による正常な決定可能性」（A、F）は刑法典上の列举事由以外によっても失われることがあることもリストが具体例を挙げている通りであるが、リストが挙げている「動機による正常な決定可能性」（A、F）を欠きうる具体例には、「押し迫る貧困」という「状況」の存在も含まれている、すなわち、刑法典上で制限列举される帰責能力を欠く場合（E）に該当しないため帰責能力を否定こそされていないもの

(176) 前掲・拙稿「リスト理論における人間像」696頁参照。

の、帰責能力を論ずる際に付随事情の正常性も論じられているということである。これは言い換えるならば、期待可能性論の内容に相当するものを帰責能力で論じているということである。のみならず、リストは、『ドイツ刑法教科書』中で、217条の嬰兒殺における情状酌量規定という今日でいうところの期待可能性の低下による責任減少の規定を帰責能力の論述に引用しており、また、『ドイツ刑法教科書』中の参照文献一覧⁽¹⁷⁷⁾からも、リストが期待可能性に関する種々の問題を視野に入れていなかったとは解しえない。また、『ドイツ刑法教科書』を改版したシュミットにとっても、本稿ですでに検討したように、規範的責任論を受け入れた背景は、規範という軸によって刑法理論を組み立てようという規範的思考であり、それは暴れ馬事件⁽¹⁷⁸⁾のような個々の事例での期待可能性理論による単なる具体的妥当性の担保という側面を超えているといえよう。そこで、本稿は、ここまでのリストの帰責能力論をシュミットの帰責能力論と比較しつつ、それらの差異とそこに存する意義を検討する。

第二節 リストの責任能力（帰責能力）論の評価

—シュミットによるリスト『ドイツ刑法教科書』改版との比較

『ドイツ刑法教科書』の第25版以降で⁽¹⁷⁹⁾シュミットは、帰責能力論にも、責任非難の前提としての地位を与えた点で本質的変更を加えている⁽¹⁸⁰⁾。シュミットによれば、「ある行為者にその者の態度によって責任非難を向けてその者にその態度を帰責する可能性は、社会的要求を正しく認識しその認識に従って行為する能力を前提とする」⁽¹⁸¹⁾。そしてこの能力は、「社会的態度の（一般的）能力、すなわち、人間の国家的共同生活に適合する目的設定の能力」であり、

(177) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch, 21. und 22. Aufl., 1919, S. 150 f.

(178) RGSt 30. 25.

(179) 責任論と同様に帰責能力論についても第25版以降で内容的な変更は見られないため、本稿ではここでも最終の版である第26版を用いる。

(180) Vgl. Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 238 ff.

(181) Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 239.

「この能力が行為時に存在する場合にのみ、反社会的態度に対し帰責がなされる」が、「それに対して『社会的適応力』を欠き、それによって義務に従った動機形成過程がおよそ期待できず規範に適合した行為が望めない場合、行為者の罪責についての問いを立てることは無意味であり、加えて、刑罰威嚇と行刑に含まれる動機設定によって動機づけを行うことを望むことはもはや意味がない」⁽¹⁸²⁾ こととなる。

また、「帰責能力が前提となっている責任と同様に、帰責能力そのものも心理的（存在）要素と規範的（当為）要素が絡み合う関係概念である」、すなわち、「法典の条文ではなく社会生活の要求を人は思考で理解し、その要求によって動機づけられることが『可能であること（können）』が必要である」⁽¹⁸³⁾ とするが、これこそがシュミットの帰責能力論の独自性を表す部分といえよう。にもかかわらず、表面的には、これ以降の記述はリストによる記述と比較してほとんど変化はないようにも感じられる。すなわち、「心理的側面においてこの『可能であること』が意味するのは、行為者の精神が社会的に一人前とされるのに必要なだけの諸表象を有していること、その諸表象の連関が正常な方法かつ正常な速度で生じること、その諸表象の感応力、および、一般規範、法規範、道徳規範、宗教規範等の動機設定力が平均程度に相当すること、そして、意思衝動の方向と強度が本質的に異常を呈していないことである。というのも、人は自己の意識から他者の意識を推察し、自らの反応型から他者の反応型を予期するしかないのであるから、自己と他者の類似性、および、自己の経験から抽象化された類型と他者との一致が、帰責の前提となるからである。この意味において、帰責性は正常な決定可能性と定義しうる。よって、帰責可能であるのは、混濁のない意識がある、精神的に成熟しかつ精神的に健全な人間である。社会生活の要求との関係における諸表象の正常な内容と正常な動機設定力が、帰責能力の本質をなす。以上の概念は自由意思の仮説と何ら関係な

(182) Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 239.

(183) Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 240.

い」⁽¹⁸⁴⁾として、「正常」性(A)と一体化した「動機による決定可能性」(F)が論じられている点である。

しかしながら、以上のリストの記述とほぼ変わらない内容は、リストがそれを「帰責能力の前提」とするにとどめていたのに対して、シュミットは自ら新たに導入した「可能であること」の実体(内容)としてそれを述べている点において、その意味は決定的に異なるように思われる。もちろん、リストも「動機による決定可能性」(F)を帰責能力の定義として挙げている点においては「可能であること」に触れているとはいえるが、ここでリストのいう「可能であること」というのは、すでに見てきたように「具体的な当該行為者にとって現実に可能であること」という行為者の能力という事実的存在としてのものであり、それゆえに、リストは慣習犯人には「動機による決定可能性」(F)という「可能であること」が欠けると明言していたのである。それに対して、シュミットは、帰責能力を「心理的(存在)要素と規範的(当為)要素が絡み合う関係概念」としており、一定の事実的存在から規範的当為を導出する。つまり、「混濁のない意識がある、精神的に成熟しかつ精神的に健全な人間である」という事実的存在があれば、正常に「動機づけられることが『可能であること』」という規範面における仮定的当為を認めうる、言い換えれば、可能であるべきであったとの理由から「可能でありえたこと」を認めうるとするものであると解することができよう。ここでいう規範的に「可能であること」(「可能でありえたこと」というのは、当然に、「具体的な当該行為者にとって現実に可能であること」という当該行為者の能力ではありえず、「具体的な当該行為者以外の者(一般的な帰責能力者)であったなら可能でありえたこと」であり、それを「正常」性(A)と一体化した「動機による決定可能性」(F)としている点において、シュミットの帰責能力の定義はリストの帰責能力の定義と実質的にはまったく別物といってよいであろう。そうであるからこそ、シュミットは、リストが『ドイツ刑法教科書』で主張していたのみならず論文「刑

(184) Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 240 f.

法上の帰責能力」でも力説していた、帰責能力に無限の段階性がある（D）ことを改版で削除した（削除することができた）と推測できる。シュミットによれば、慣習犯人であっても、「混濁のない意識がある、精神的に成熟しかつ精神的に健全な人間である」ことを満たしていれば、「正常」（A）な「動機による決定可能性」（F）は規範的には完全にあったのであり、そこに段階性（D）を認める必要はない。逆から考察するなら、シュミットによる帰責能力に無限の段階性がある（D）ことの削除をもって、リストとシュミットの「正常」性（A）および「動機による決定可能性」（F）の異質性を主張する私見の根拠とすることができよう。そして、以上を明らかとしたうえで考えてみると、リストによれば、「動機による決定可能性」（F）は行為者の能力という行為者そのものに関することであり、そうであるからこそ、その能力には段階性（D）が伴うのに対し、シュミットによれば、「動機による決定可能性」（F）とは非難するために必要な、社会生活の要求によって動機づけられることが可能であるために必要な人の「心理的側面」つまり一定の心理状態にすぎない。以上から、シュミットは、リストの行為者の能力としての「動機による決定可能性」（F）という概念を、適法行為の期待可能性を認めるために必要な心理状態へとその定義を変更していたということが理解できる。このようなシュミットに対する評価は、本稿で先に見たところのフィンガーがシュミットに向けていた批判と同一であり、そうすると、シュミットに対しては、なぜそのような帰責能力論が行為者の危険性を軸とする特別予防論につながるのかという根本的な疑問が呈されることになるだろう。

加えていうなら、シュミットは、リストが『ドイツ刑法教科書』と論文「刑法上の帰責能力」の両方で記述していた「限定帰責能力」はあくまでも帰責能力がある場合を指すものであり、帰責能力は有か無かのいずれかである（C）ことの論述も削除しているが、これも、シュミットの帰責能力を私見のように理解するのであれば、当然の論理的帰結と考えられる。リストによれば、実際には事理弁識能力・行動制御能力（「動機による決定可能性」（F））という帰責能力に無限の段階性がある（D）中で刑法典上の列挙事由の有無によって帰

責能力と帰責無能力を区別する (E) ため、先述したように「帰責能力を判断するに際しては、事理弁識能力・行動制御能力の高低とは別に、刑法典に列挙されている事由の有無を検討することになる」ことから、「限定帰責能力」はあくまでも刑法典に列挙されている事由はあるが事理弁識能力・行動制御能力(「動機による決定可能性」(F))が平均以上である場合(図表1の類型ウ)であり、帰責能力が半分存在するというような中間形態ではないことを明示することによって、帰責能力に無限の段階性がある(D)にもかかわらず帰責能力は有か無かのいずれかである(C)ことをあえて説明することが必要になる。それに対して、シュミットによれば、「動機による決定可能性」(F)自体が規範的に決せられるため、当然それは程度問題ではなく有か無のいずれかに帰着することとなり、帰責能力は有か無かのいずれかである(C)ことをわざわざ論じる必要性は存在しないからである。

以上のことにより、帰責能力は犯罪論体系上の概念としては責任要素であると同時に行為能力でもある(B)という、リストが『ドイツ刑法教科書』の第1版から第21・22版を通じて維持してきた記述も、シュミットによる改版によって姿を消すこととなった。それにとどまらず、シュミットは、注としてではあるが、行為能力としての帰責能力の意義を明確に否定する以下の記述を追加している⁽¹⁸⁵⁾。シュミットによれば、主観的違法論の立場からは、「規範の名宛人と認められたものの集団の範囲を定める」ものという「行為が違法となるための前提」として帰責能力が位置づけられ、「帰責無能力者の所為は法的にも倫理的にも中立である」ため、「そのような見解からすれば、当然に、帰責能力はおしなべてすべての諸犯罪概念の中で先頭に位置づけられることとなる」ことにより、「帰責能力は、しばしば『刑法的行為能力』と称される」とされ、『刑法的行為能力』概念は、違法性を帰責能力に従属させ、それによって帰責能力を犯罪論全体の先頭に置いた場合にのみ意義を有する」こととなる。このように、シュミットは、リストが行為能力としての帰責能力(B)と

(185) Vgl. Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 240.

いう概念を一貫して述べていた意味を探究することなしに、行為能力としての帰責能力（B）の一般的な概念を批判するのみによって、その記述を抹消しているが、これをめぐっては、両論者の帰責能力のとらえ方全体、とりわけ、リストが論文「刑法上の帰責能力」の中心として述べていたことに関する決定的な差異を指摘することができるように思われる。すなわち、リストは本稿で先に明らかにしたように2つの軸を用いて帰責能力を構成していたのに対して、シュミットは規範的考察を採用することによって1つの軸のみで帰責能力を構成するのである。リストは1つの軸だけでは改善不能犯人と帰責無能力者がどうやっても区別できないことを明確に認識し、そして、論文「刑法上の帰責能力」において、一般に帰責能力の内容とされる事理弁識能力と行動制御能力の有無、あるいは、その本質である「動機による決定可能性」(F)の有無という事実的・科学的側面からは、どのようにしてもその区別は不可能であることを非常に細かく分析しつつ、それを当時の通説的見解に対して突きつけて説得しようとする形で主張した。そして、リストはその区別不可能性から生ずる問題の解決のために、1つの軸は実際に「動機による決定可能性」(F)があるか否かという事実的・科学的側面として設定したうえで、もう1つの軸を法文に列挙された帰責能力を失わせる事由があるか否かという法的側面として設定し、前者の軸は後者の軸と合わさってはじめて法学概念として民法上の行為能力と並ぶ法的行為能力である刑法的行為能力となるものと位置づけたというのが本稿の検討結果であった。しかし、それに対して、シュミットによれば、規範的考察によって、帰責能力は行為者の能力そのものではなく、また、改善不能犯人に「動機による決定可能性」(F)が事実的・科学的側面からはなかったとしても、規範的にはあるとすることができるため、リストのような2つの軸を設定する必要がなくなり、法文に列挙された帰責能力を失わせる事由があるか否かによって法的概念として決せられる刑法的行為能力としての帰責能力（B）という後者の軸がもはや不要かつ無意味なものとなったと考えることができる。そうであるからこそ、シュミットは、リストが帰責能力の事実的・科学的側面について述べていたのと同様の、精神病者と慣習犯人の区別は後者も

動機によって正常に決定されることができないため不可能となるのではないかというザウアーによる批判を紹介しているが、結論的にはその批判を退けており、同時に、「個々の慣習犯人が社会的要求によって決定される能力をもちやまったく有しないという限りで判断するのであれば、慣習犯人が帰責無能力者として扱われない理由を理解できないであろう（圏点筆者）」とコメントしている⁽¹⁸⁶⁾ ことにはここでぜひとも着目しておくべきである。ここから理解できるのは、リストが慣習犯人を論ずる際には、あくまでも具体的な個々の慣習犯人について考えており、それによってその当該慣習犯人は「動機による決定可能性」(F)がないとしているのに対し、シュミットはその個々の(当該)慣習犯人に対する視点ではなく、類型としての慣習犯人は動機により決定されえたという仮定法(反実仮想)的考察を用いているということである。そして、シュミットは、当時の刑法典が帰責能力の内容を積極的に規定していない事に言及することによって、帰責能力は刑法典上では帰責無能力という形で消極性にしか規定しえない(E)というリストの主張とほぼ同じ内容を残している⁽¹⁸⁷⁾ のであるが、その位置づけに関してはリストとは完全に異なっており、「帰責能力の心理規範的理解は成文法に確かな根拠を見出す」との記述からは、以上論じてきたことを背景に考えるなら、法文に列挙された帰責能力を排除する事由がない者については規範的には帰責能力があるということを刑法典は規定しているというのがシュミットによる理解であると解釈するのが妥当であろう。以上のように、責任論の変更と同様、先にリストの帰責能力論についての重要部分と位置づけた、行為能力としての帰責能力(B)という記述を完全に削除している点から考察しても、シュミットの記述には表面上はリストの記述をそのまま残した部分も多いとはいえ、シュミットの思考はリストのそれとは決定的に異なる。責任論全体について、古い心理的責任論が責任形式を規定するにとどまっていたのに対し、規範的責任論が非難および規範的思考から

(186) Vgl. Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 240.

(187) Vgl. Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 241.

の実質化であるとするなら、シュミットが帰責能力論においても形式的意義たる行為能力の記述を取り去ったことは当然の帰結といえる。

以上のように、シュミットは、多くの論者が掲げる帰責能力の事理弁識能力と行動制御能力という定義に加えて本稿で抽出したリストの帰責能力論の特徴である、帰責能力の中核には「正常」性がある（A）、帰責能力は犯罪論体系上の概念としては責任要素であると同時に行為能力でもある（B）、帰責能力は有か無かのいずれかである（C）、帰責能力に無限の段階性がある（D）、帰責能力は刑法典上では帰責無能力という形で消極性にしか規定しえない（E）、刑法学上記述しうる帰責能力の内容は「動機による決定可能性」である（F）という各命題の中のEおよびFのみをその性質を完全に変更したうえで残し、A～Dすべて、とりわけ、リスト理論の特徴であるBを削除して、それらを「一般人なら動機によって決定可能でありえたならば、行為者も動機によって決定可能でありえた」という規範的考察に置き換えたのである。ここで重要であったのは、規範的責任論の採用そのものというより、むしろ、今日の一般的にイメージされる近代学派理論体系の出発点となったともいえる「規範的考察による特別予防論」という新たな理論体系を打ち立てたことであろう。

しかし、帰責能力をこのように構成する理論体系は、重大な欠点を含むものとなるように思われる。たしかに、この理論体系によれば、慣習犯人についても、法文に列挙された帰責能力を失わせる事由がない以上は「動機によって決定可能でありえた」として刑罰の対象にすることは論理上容易に可能になるのではあるが、他方で、シュミットも刑罰目的に関してリストと同様の特別予防論を支持することを明言している⁽¹⁸⁸⁾ところ、そうすると、このシュミットの「規範的考察による特別予防論」という理論体系からは「動機によって決定可能でありえた」行為者の改善を主張することに論理が帰着することになってしまう。リストは、先述したように、通常の「市民」は「動機による決定可能性」(F)という機能があるのに対して、犯罪者は「動機による決定可能性」

(188) Vgl. Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., Vorwort, S. IV.

(F) がなかったため規範および刑罰威嚇という「動機」が作用せず犯罪を思いとどまらなかったととらえるため、そのような犯罪者の「改善」とは、論理上、善・悪を判断するのみならず快・不快、損・得を計算し刑罰という不快および損が犯罪の快および得を上回るという理由で犯罪を思いとどまるという「動機による決定可能性」(F) の機能を犯罪者に植え付けて「市民」とすることが必要であり、かつ、それで足りるという意味における「市民的改善」ととどまることとなる。それに対し、シュミットの見解によれば、そのような「市民的改善」という「改善」の限界枠は論理的に導かれえない。そうなれば、シュミットのいう「改善」とは、善・悪の内容そのもの、あるいは、規範を尊重する心性そのものを教え込むことを意味しかねないが、そのような「改善」は国家の任務および権限をはるかに越えるのではないだろうか。

もともと、シュミットによる、帰責能力の定義たる規範的な「動機による正常な決定可能性」(A、F) の充足と帰責能力者としての処罰可能性を同値のものとして位置づける理論は、責任能力の定義の充足と責任能力者としての処罰可能性を同値とするという意味では現代の理論と同様であり、そのような理論から見れば、リストによる、帰責能力の定義たる「動機による正常な決定可能性」(A、F) の充足と帰責能力者としての処罰可能性を同値とせず、慣習犯人には「動機による正常な決定可能性」(A、F) は存在しないとしつつも、帰責能力者としての処罰を肯定する理論は、理論としての最低限の一貫性すらも欠くように思われるかもしれない。

しかしながら、リストの帰責能力論についての本稿での検討を振り返るならば、リストはあくまでも現実に存在する帰責能力者に共通する要素を抽出し、それをもとに法的概念としての帰責能力を形成するにあたって、「動機による正常な決定可能性」(A、F) を持ち出しているのであり、そうであるとするならば、リスト理論からいえるのは、「動機による正常な決定可能性」(A、F) があれば帰責能力者たる理念的「市民」であるということのみであって、「動機による正常な決定可能性」(A、F) がなければ帰責能力者として処罰することができないということではありえない。これこそが、帰責能力は刑法典上では

帰責無能力という形で消極性にしか規定しえない（E）ということのリストの理論中における存在意義であり、このことは現代の理論に対し、これまでにはない方面から疑問を投げかけるものともいえるのではないだろうか。

さて、ここまで明らかにとなった、2つの異なる軸による帰責能力の構成というリスト理論の特徴をいま一度振り返ってみると、リストの後の時代に取り上げられるようになった、古典学派の有責行為能力説と近代学派の受刑能力説という対立についても、有益な示唆を得ることができる。リスト自身は意識してはなかったものと考えられるが、リストのいう軸の1つである事理弁識能力・行動制御能力、動機による決定可能性（F）の程度は、「是非を弁別し（弁別・弁識能力）、その弁別に従って行動する能力（行動・制御能力）」⁽¹⁸⁹⁾とされる有責行為能力に対応するのはもちろんであるが、同時に、刑法典に列挙されている事由の有無というもう1つの軸は、例えば行為者に重度の精神障害がありそれが原因で犯罪に出たという場合に、懲役刑等を用いて「動機による正常な決定可能性」（A、F）という機能を植え付ける「市民的改善」を試みても刑罰の効果が発揮されないという意味では、「刑を科すことによって刑の目的を達し得べき能力」⁽¹⁹⁰⁾である受刑能力に相当するものであるともいうことができる。受刑能力説については、「犯罪を遂行しうる能力の点では〔刑罰の対象となる〕能力者と〔刑罰の対象とならない〕無能力者とは区別でき（注：括弧内筆者）」⁽¹⁹¹⁾ないとする考え方と解説されるが、これに若干の字句の変更を加えてリスト理論の特徴についていうならば、「事理弁識能力および行動制御能力（そして、動機による正常な決定可能性」（A、F）の点では〔刑罰の対象となる〕慣習犯人と〔刑罰の対象とならない〕帰責無能力者とは区別できない」と言い換えることができ、そのように「動機による正常な決定可能性」（A、F）を欠いている両行為者は、「動機による正常な決定可能性」（A、F）を欠いている原因が刑法典に列挙されている事由であるか否かという「刑を科

(189) 高橋・前掲『刑法総論 第4版』354頁。

(190) 高橋・前掲『刑法総論 第4版』354頁。

(191) 高橋・前掲『刑法総論 第4版』354頁。

すことによって刑の目的を達し得べき能力」によって区別されるのである。そうであるとするならば、有責行為能力説と受刑能力説は2つの軸から帰責能力を構成する立場によれば、相対立するものとして考える必要はなく、両立する考え方であることとなろう。ただし、受刑能力の有無は、帰責能力者と帰責無能力者の定義となるものではなく、事理弁識能力・行動制御能力、そして、「動機による正常な決定可能性」(A、F)を欠く行為者の中で、そうであっても刑罰を科されるべき慣習犯人と治療の対象としかなりえない帰責無能力者を区別する要素ということが出来る。このようなリストとシュミットの理論の比較から、以上のような意味で有責行為能力説と受刑能力説の統合説ともいえる学説も成立が可能であることが明らかとなった。

小括

以上のように、リストとシュミットの帰責能力論は、部分的に類似している箇所はあるものの、多くの点で異なっており、さらに、表面的に類似している部分もその性質を異にするものであることが理解できる。とりわけ、少なくとも慣習犯人には「動機による正常な決定可能性」(A、F)は存在しないという事実に基づくリストの科学主義は、法文に列挙された帰責能力を失わせる事由がなければ「動機による正常な決定可能性」(A、F)がある（ものと見做す）というシュミットの規範主義（的擬制）とは相容れないだろうことも明らかとなった。

このようなリストの帰責能力論には以下のような現代的意義も存在するといえよう。すなわち、リストは帰責能力を「動機による正常な決定可能性」(A、F)という機能・能力と定義するところ、このような定義によれば、行為の動機そのもの、すなわち、「自分は…を善・快・得であると思うまたは感じる」という個人の思想信条あるいは嗜好の是非そのものを国家・社会が判断することを避けることが可能となり、どのような思想信条あるいは嗜好を有しているが、ある行為に対して通常人であればその行為に出ないであろう悪・不快・損が刑罰として設定されている場合に、その行為を思いとどまることが可能か

否かということだけを問うことが可能となる。たとえば、政治的立場から現政権は悪であり政府要人を暗殺してでも政権交代を実現することが良いことであると考えている者、あるいは、性的嗜好から相手の意思に反して性的関係を結ぶことに性的満足を感じる者について、そのような政治的立場または性的嗜好が道義的に誤っていることを刑法上の責任の最終的な根拠とするのではなく、それらの行為に対して一般人が善・快・得よりも悪・不快・損が上回ると考える刑法199条または刑法177条の刑罰が抑止効果を発揮できるか否か（そして、もし発揮できなかった場合には、その原因が刑法典に列挙されている事由であるか否か）を判断すれば足りることとなる。このように、個人の思想信条あるいは嗜好に社会・国家ができるだけ直接には立ち入らないことが可能であるという観点からは、リストの帰責能力論は自由主義的な理論体系の礎石となりうる⁽¹⁹²⁾と評価することもできる。また、リストによれば、法文に列挙された帰責能力を失わせる事由があるか否かという、客観的、医学的性格が強い判断⁽¹⁹³⁾を、帰責能力の本質論という法的性格が強い判断といったん分離して行う⁽¹⁹⁴⁾とされ、加えて、後者についても「動機による正常な決定可能性」(A、F)の有無という刑罰目的論そのものにかかわる要素が具体的な判断基準として提示されている点もリストの帰責能力論の強みとなりうるであろう。先に述べた

(192) これに対して、リストの思想は自由主義的とは評価できないという見解とそれへの筆者からの批判については、拙稿「リスト理論の現代的意義（1）—リストのマールブルク綱領の考察—」早稲田法学82巻1号（2006年）101頁以下参照。

(193) 現代の日本の責任能力の規定を見ても、41条にいう「14歳に満たない者」であるか否かは純粋に客観的に決定しうるのは明らかであり、また、39条に規定される責任無能力、限定責任能力の生物学的要素も、「究極的には裁判所の評価にゆだねられるべき問題であり、専門家の提出した鑑定書に裁判所は拘束されない」（最決昭和58年9月13日）ものの、「その診断が臨床精神医学の本分であることにかんがみれば、専門家たる精神科医の意見が鑑定等として証拠となっている場合には、鑑定人の公正さや能力に疑いが生じたり、鑑定的前提条件に問題があったりするなど、これを採用し得ない合理的な事情が認められるのでない限り、その意見を十分に尊重して認定すべき」（最判平成20年4月25日）とされており、医学的な鑑定に極めてなじむものといえる。

(194) 同じくこの点の意義を指摘する見解として、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308頁以下参照。

シュミットのような規範主義(的擬制)によれば、これらの要素は概念上は生物学的要素と心理学的要素として区別することは可能であっても、帰責能力者ではあるが「動機による正常な決定可能性」(A、F)が欠けるという意味での両判断結果の乖離を認める⁽¹⁹⁵⁾余地がない⁽¹⁹⁶⁾ため、必然的に両判断を総合して行うこととせざるをえないように思われる。既述のように、裁判員制度の中で、責任能力につき、現実社会の事實的観点に即してその制度目的を説明しその基準を定立することが求められている状況にあることに鑑みるなら、両判断を分離したうえで、刑罰が反対動機となりうる行為者であるかというかなり具体化された基準を用いるという点で、リスト理論は現代の日本の刑事司法にとって有益な示唆となるように思われる。

さらに、リストの帰責能力論は理論的側面の意義も大きいことも浮き彫りとなった。それは、有責行為能力説と受刑能力説の統合説という発想の礎となりうる点、および、リスト自身が帰責能力を行為能力と関連づけている点にある。リスト理論以外に目を向けても、行為と責任は学説史的に強い親近性を有する概念であることは先に指摘したが、帰責能力と行為能力との関連づけがリストとシュミットの理論の差異の原因となっていることが本稿で明らかとなったのみならず、処罰根拠に密接につながる帰責能力と客観要素を代表する行為

(195) 「『精神の障害』と認識・制御能力の間に意味上の重なり合いを認めるか否か」をめぐっては今日の日本でも学説上の争いがあることは、竹川俊也『刑事責任能力論』(2018年、成文堂)208頁以下に詳しいが、そこでいう両者に重なり合いを認めない見解(箭野・前掲「刑事責任能力における『精神の障害』概念」313頁以下参照)も、「『精神の障害』以外の原因によって認識・制御能力(あるいはそれに対応する能力)が損なわれていた場合」を想定するが、その内容はリストの帰責能力論の分析から得たものとは異なると考えられる。

(196) 安田・前掲「『精神の障害』と法律的病氣概念」31頁は、「『精神の障害』の要件は、概念上、他行為不可能性の基盤として問題となりうるあらゆる状態を把握するものでなければならない」ことから、「『精神の障害』に該当しない場合には、認識・制御無能力(ないし限定認識・制御能力)の場合にはもはや考えられないということが確認されなければならない」とする。ここで、行為者が慣習犯人であるという事情は、「他行為不可能性の基盤として問題となりうる」状態では当然ないであろうから、慣習犯人には常に認識・制御能力(リストの言葉で表せば「動機による正常な決定可能性」)は存在することとなろう。

とのこのような強い関連づけは、筆者の「特別予防論に導かれた客観主義犯罪論」という視座にとっても重要性を帯びているため、リストが行為をどのようにとらえていたかを明らかとすることは必要不可欠である。そこで、以下ではリストの行為論につき考察を進めることとする。

第三章 リストの行為論

第一節 リストの行為論の変遷

—リスト『ドイツ刑法教科書』第1～21・22版

リストの行為論は、一般的に「因果的行為論」あるいは「有意的行為論」の代表的なものとして知られる。それは、「ドイツおよび外国の刑法学における伝統的な見解によれば、行為とは、外界に一定の帰結を惹起し、意思によって支配できる（有意的な）人間の態度である」⁽¹⁹⁷⁾として説明され、その特徴は、「Beling および v. Liszt においては、なおまったく自然主義的に、身体運動（狭義の行為）と外界の変更（結果）および両者を結びつける、等価説によって構成要件の実現においてすべての事実上の差異を排除するものとされた因果関係として捉えられる行為概念」⁽¹⁹⁸⁾であるというように、自然主義、科学主義に基づいて、人の意思に端を発する因果経過を物理的に記述したものが刑法上の「行為」とされていることであるとされるが、本稿では、いわゆる「因果的行為論」・「有意的行為論」一般についてではなく、ここまで論じたりストの帰責能力論との関連において、もっぱらリストの「因果的行為論」・「有意的行為論」について扱うこととしたい⁽¹⁹⁹⁾。

(197) 西原春夫監訳『イエシエック＝ヴァイгент ドイツ刑法総論 第5版』（1999年、成文堂）159頁。

(198) 西原・前掲『イエシエック＝ヴァイгент ドイツ刑法総論 第5版』147頁。

(199) 帰責能力論との関連に焦点を当てるのではなく、リストの刑法理論体系全体の中の行為論について、とりわけ学説史の流れの中における位置づけを探求した研究としては、Vgl. Eckhart von Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, S. 134 ff.

第1版⁽²⁰⁰⁾

まず、第1版でリストは、「行為の概念」という表題の下に、犯罪を「行為 (Handlung)」であるとし、行為の定義として「有意的身体活動 (willkürliche körperliche Bewegung)」を、より厳密な、狭義の本来の定義として、「意識的に表象によって決定された身体運動」、「心理活動によって惹起され、その内容の表象に伴って生ずる筋肉の興奮」⁽²⁰¹⁾を示している。この定義は行為を純粹に物理的に位置づけ、有意性と因果性によって明確に特徴づけたものといえるが、この定義の帰結としてリストは、犯罪が成立しえない場合として、思想のように身体活動が欠ける場合、受動運動および反射運動のように心理活動が欠ける場合、そして、表象が欠ける場合を挙げている。

続いて、身体活動は因果法則に則って外界に変化を惹起し、その効果が結果 (Erfolg) と呼ばれることが説明されるこの結果は「広義の行為 (Handlung im weiteren Sinne)」⁽²⁰²⁾に属すると同時に、この身体活動によって惹起された結果の認識は故意の概念における本質的指標となるが、この故意の概念は意思の概念とは別物である。

また、行為が違反した規範が異なれば、結果も外面上異なるものとなるとされる⁽²⁰³⁾。すなわち、法益を直接保護する一般的な規範の場合であれば、結果は規範違反のみならず保護法益の侵害、危険または着手にあるが、間接的な法益保護のために服従・不服従を問題とする規範であれば、規範違反行為の結果は、規範違反によって規範が望まない状態が生ずるということにあるということがそれである。リストは、これによって犯罪が結果犯と挙動犯、実質犯と形式犯といったように分類されていることを紹介しつつも、これらの分類は重要ではないと述べている。

さらに、リストによれば、広義の行為においては、完全に明確にはないな

(200) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 1. Aufl., S. 70 ff.

(201) v. Liszt, a. a. O., 1. Aufl., S. 70.

(202) v. Liszt, a. a. O., 1. Aufl., S. 71.

(203) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 1. Aufl., S. 72.

がらも、3つの段階が区別できる⁽²⁰⁴⁾。第一は、身体活動がなされた時点（Zeitpunkt）という本来的な行為の開始であり、責任の存否が問われる時点、第二が、結果が発生した時点であり、「犯罪（Verbrechen）」が既遂となる時点、第三が、以上の2つの時点の中間の時期（Zeitraum）である、身体活動によって開始した因果関係が展開している期間であり、広義の非本来の意味において、厳密には「不法行為（Delikt）⁽²⁰⁵⁾」が展開している期間、すなわち、最終の身体活動から因果関係が客体に達するまでの中間の時期であり、所為の場所と時間をめぐって問題となるとして、以降は行為自体の論述から行為の場所と時間の問題の論述へと移行している。

以上のように、リストによる行為の記述は非常に理解しやすいものであり、狭義の行為を意思という心理活動（有意性）とそれに端を発する筋肉の動きという身体活動（因果性）として定義し、さらにそれによって惹起される結果までの一連の因果関係を加えて広義の行為と定義する。その特徴は、物理性を強調する描写方法がとられていることと、結果を広義の行為に含めるため、今日では行為という項目中で論じられることの少ない結果による犯罪の分類を行為の項目中で論じていることであるが、行為を意思と因果関係を有する物理作用とするリストの行為論からは、ごく自然なことといえよう。

第2版⁽²⁰⁶⁾

第2版になると、リストは記述方法を変更し、「行為としての犯罪」の章の中で、表題を「犯罪の客体」と「犯罪の主体」と分けたいうえで、「犯罪の客体」において「犯罪とは直接的または間接的な法益界に対する攻撃である」⁽²⁰⁷⁾という一文から論述を始めている。これに続く文も、「法的に保護された利益

(204) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 1. Aufl., S. 72 f.

(205) 山川秀道「形式犯の制裁について—当罰的不法と可罰性の判断に関する予備的考察—」広島法学38巻4号（2015年）126頁は、「不法行為」、「犯行」と訳している。

(206) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 2. Aufl., S. 100 ff.

(207) v. Liszt, a. a. O., 2. Aufl., S. 135.

としての法益は、生命・財産、名誉・自由、憲法・国権のように、肉と血のない概念的抽象物であり、厳密に法的な意味において犯罪の客体となる」として法益の解説となっており、法益に重点を置いて行為を記述しようという意図がはっきりと読み寄れる。さらに、この後には、法学的に抽象化された法益という概念は、例えば「財産」が「金時計」というように、その法益を含有する存在へと具体化されうるが、後者自体ではなく前者こそが「犯罪の客体」であるとす一方、行為としての犯罪は人的因果性であって、法益を含有する存在なしには実際に犯罪を行うということは考えられないと論じ、「真の犯罪の客体としての法益は、厳密に法的意味においては、行為の具体的対象と常に峻別されなければならない」との帰結を示し、リストの学問的方法論から見た法益を明確に主張している。このような法益の理解から、法益に対する攻撃のあり方によって犯罪を侵害犯、危険犯、純粹不服従に区別する分類における法益は、本来的ではないあるいは間接的なものであるとしている⁽²⁰⁸⁾。

なお、リストは、「犯罪の主体」の表題の中では、「人間のみが行為能力があることから、人間のみが犯罪の主体となりうる」ということは当然であるとして、「法人は犯罪を犯しえない（*societas delinquere non potest*）」のであり、団体に対する「罰金刑（*Geldstrafe*）」による両罰は「刑罰（*Strafe*）」ではない」と論じている⁽²⁰⁹⁾。もっとも、リストは、法人犯罪と法人処罰を認めることは可能であろうと述べている。

第3版⁽²¹⁰⁾

第3版では、「行為としての犯罪」の中の項目構成が変更され、「犯罪の主

(208) リストのこのような批判は、ペンディングによる行為と法益の理解を批判したものと考えられる（その詳細については Vgl. Franz von Liszt, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche: Ein kritischer Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, in: ders., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1. Bd., 1905, S. 212 ff.）が、これは、本稿ですで見たとように第2版からペンディングに対する批判が始まっていたこととも整合的であるといえよう。

(209) v. Liszt, a. a. O., 2. Aufl., S. 103.

(210) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 3. Aufl., S. 114 ff.

体」の項目が先に置かれ、これまで「犯罪の客体」とされていた項目が「行為と結果」となった。

そして、内容的には、「犯罪の主体」について重要な変更点はないものの、「行為と結果」について変更がなされ、法益についての詳述が大部分を占めるのではなく、再び第1版に近い形で行為が叙述されることとなった。「行為とは、人の意思に帰することのできる外界における変更の作用であり、そこにおける「意思とは、表象によって呼び起こされる（端的には、動機づけられる）欲求を意味する」ため、言い換えれば、「行為とは、人の動機づけられた身体活動による外界における変更の惹起であり、そして、「それは、意思による作為または不作為である」⁽²¹¹⁾。よって、「この意味において行為が欠ける場合には犯罪は問題とならない」として行為主義が説かれ、「表象によってではなく外から直接的に筋肉に作用した力による身体活動」すなわち「絶対的強制」の場合、および、「内部の直接的に運動神経に作用した刺激による身体活動」の場合、犯罪とはならないのである。

以上に続いてリストが述べるのは、行為が生ずる仕組みである。「快の感覚を引き起こし、または、不快の感覚を取り除くと思われる状況の表象が、眠っていた行為衝動を呼び覚ますことによって行為は生ずる。目的に導く手段に表象が達したとき、欲求は意思に転化するのである。意思とは、動機づけがなされた欲求、それはすなわち、ここでより厳密にいえるのであるが、欲求を抱かせる状況とその欲求を引き起こす原因の表象によって引き起こされる欲求である。以上から、しばしば用いられつつもあまりにも誤解されている概念の正確な定義を得ることができる。すなわち、行為の動機（誘因）はそれを引き起こす状況の表象、つまり、この状況の目的そのものである」⁽²¹²⁾⁽²¹³⁾。「もっとも、以上で描写したように単純に行為が発生することは例外的である」⁽²¹⁴⁾というこ

(211) v. Liszt, a. a. O., 3. Aufl., S. 116.

(212) v. Liszt, a. a. O., 3. Aufl., S. 117.

(213) 安田・前掲『刑事責任の本質とその判断』92頁以下もほぼ同様に行為の発生を描写している。

(214) v. Liszt, a. a. O., 3. Aufl., S. 117.

とをリストは指摘し、多くの場合には「動機」とともに「反対動機 (Gegenmotor)」であるところの対照的表象が生ずることを述べる。「欲求の対象となった状況は快のみならず不快をも予期させる」ところ、その原因となるのは、「とりわけ、宗教、法、道徳という深く根差した表象、または、怜悯による考慮であり、それらによって、起こるべき状況を予測する」という「逡巡と比較衡量の段階が決断によって終わり迎える」まで続くこととなる。そしてその「決断とは、ある表象の他の表象に対する勝利、すなわち、動機の反対動機に対する勝利である」が、「このような客観的現象を、我々は主観的には、自ら固有の『自我』の判断として、自己の自由な意思決定と同一視するのが一般的となっている」とリストは説明する。さて、本稿のリスト帰責能力論の検討を踏まえるならば、ここで気づくことができるのは、ここで述べられた行為が生ずる仕組みである「自由な意思決定」は、リストが帰責能力論をめぐって第2版および第3版で自由意思を分類し「心理学的意味の自由意思」の中で論じた内容、さらには、第4版および第5版「意思決定可能性」における記述と同じであり、とりわけ、「動機」が論述の主軸をなしているという点で一致しているということである。この意味においても、リストの理論体系においては必然的結果として帰責能力と行為とが強い関連性を有することとなるが、このことは、先述したように帰責と行為を関連づけるヘーゲリアナーの理論体系の残滓ではなく、積極的な意義を有するといえよう。

続いて、リストは行為を結果と結びつける形で定義づけている。すなわち、「行為とは、外界の変更を意思に基づいて生じさせることであり、それは、人的因果性である。行為によって生じた変更を結果と呼ぶ」⁽²¹⁵⁾という定義がそれである。なお、リストは、結果の表象が動機になっており、結果自体が行為の目的である場合と、刑法的に重要である結果とは別の表象が行為の動機である場合があることを挙げつつも、いずれの場合も故意が認められるとしている。

そして、最後には、第2版で非常に詳しく論じられていた法益についての解

(215) v. Liszt, a. a. O., 3. Aufl., S. 118.

説が分量的には短縮されつつも論旨を変えずに展開されており、「法益の知覚的具体化なしには犯罪行為によって外界の変更が惹起されることはありえないという原理」⁽²¹⁶⁾を固持することが帰結されている。

以上より、リストは第1版および第2版の内容を統合して第3版としていること、そして、それは帰責能力論の記述の変遷と一致していることが明らかとなった。また、リストは行為論を「行為」と「結果」に分けて記述しているが、これは因果的行為論の特徴である「有意性」と「因果性」に対応しており、この記述方式そのものは最終の第21・22版に至るまで維持されている。

第4版・第5版⁽²¹⁷⁾

第4版・第5版においても、リストの行為論はこれまでと比較して大きな変更はないといえる。

まず、「犯罪の主体」の項目は、これまでより記述の分量が減じられているものの、内容的には変更は見られない。

そして、次の項目が「行為と結果」から「行為の概念」に改められていることに加えて、その項目の内容面でも、第3版に存在した行為が生ずる仕組みについての詳しい論述、すなわち、行為と動機の関係性についての説明が姿を消しており、それと因果関係を有するかのように、行為の定義から動機への言及がなくなっている点で表面的には変更が見られる。リストは、行為の定義を「行為とは、人の意思に帰することのできる外界における変更の作用である」としていることについてはこれまでと同様であるが、その直後は「この変更を結果という」としており、行為の定義の中に「動機」の記述がなくなっているのである⁽²¹⁸⁾。

もっとも、このような表面的変更によってリストの行為論についての立場がこれまでと異なるものになったと結論づけることはできないと考えられる。と

(216) v. Liszt, a. a. O., 3. Aufl., S. 119.

(217) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 4. Aufl., S. 126 ff. ; v. Liszt, a. a. O., 5. Aufl., S. 126 ff.

(218) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 4. Aufl., S. 128. ; v. Liszt, a. a. O., 5. Aufl., S. 128.

いうのも、本稿ですで見たとように、第2版・第3版で、「動機」概念がリストの『ドイツ刑法教科書』において初出となるため、行為論では行為の発生構造として、帰責能力論では自由意思の内容として、つまり、いずれも人の意思決定過程とその終極として行為に至るまでの分析として詳細に論じられる必要があったが、第4版からはその内容を前提としたうえで、それを帰責能力で記述することとしたと考えるのが妥当であると思われるからである。そうであるからこそ、リストは「動機」概念について版を重ねるごとに帰責能力の定義の中核部分に据えていったのであり、その内容および位置づけも第2版・第3版におけるものと変更していないのであると考えられよう。

そして、リストは第3版では項目名中に入れていた「結果」概念については、第3版までの記述を維持しつつ「危険」を追加で論じ、さらに、別に「惹起の概念」の項目を設けて因果関係につき⁽²¹⁹⁾論じている。

第6～9版⁽²²⁰⁾

第6版から第9版においてもこれまでと同様の「行為の主体」が前置された後に、これまでとは異なる「行為概念概説 (Begriff der Handlung im allgemeinen)」⁽²²¹⁾という項目のもとで行為が論じられている。ここでリストは「不法 (Unrecht)」の概念を論ずる前提として「構成要件 (Tatbestand)」を論ずる必要があることに言及したうえで、さらに構成要件以前に、「知覚可能な外界の変更」という「事実 (Tatsache)」が必要であるが、その不法結果につながる「事実」は人の意思と無関係な単なる「出来事 (Ereignis)」では足りず、人の「行為 (Handlung)」でなければならないということを行為論の導入として述べている。

(219) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 4. Aufl., S. 131 ff.; v. Liszt, a. a. O., 5. Aufl., S. 131 f.

(220) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 6. Aufl., S. 97 ff.; v. Liszt, a. a. O., 7. Aufl., S. 100 ff.; v. Liszt, a. a. O., 8. Aufl., S. 114 ff.; v. Liszt, a. a. O., 9. Aufl., S. 113 ff.

(221) v. Liszt, a. a. O., 6. Aufl., S. 99.; v. Liszt, a. a. O., 7. Aufl., S. 102.; v. Liszt, a. a. O., 8. Aufl., S. 116.; v. Liszt, a. a. O., 9. Aufl., S. 115.

また、リストは行為につき、「行為とは、人の意思に起因する事実、すなわち、人の意思に帰することのできる外界の変更である」⁽²²²⁾との定義を置き、「意思活動がなければ、行為も、不法も、犯罪も存在しない（何人も思想ゆえに処罰され得ず）」のみならず、「外界の変更たる結果がなければ、行為も、不法も、犯罪も存在しない」とする。これは、第3版において「行為と結果」という表題のもとに行為を意思と結果から構成されるものとしていたことを受け継いでいると理解することが可能であり、リストもこの直後に「行為とそれゆえに犯罪を構成する、意思活動と結果という2つの構成要素が存在する」と明言する。そして、それらの部分要素は「意思活動と結果の連関（*Beziehung des Erfolges auf die Willensbethätigung*）」となって全体として統一されるが、そのようになりうる場合としてリストが挙げるのは、「1、外界の変更が意思に基づいて惹起された場合、および、2、外界の変更が意思に基づいて妨げられなかった場合」であり、それぞれが「作為」と「不作為」という「行為の2つの基本形態」である。

以上に続いて、リストは個々の犯罪における結果の画定と危険概念について述べた後、「有意性（*Willkürlichkeit*）」に関して説明を加えている⁽²²³⁾が、「作為および不作為の有意性とは、形而上学的意味における選択ではなく、機械的または精神的・物理的強制からの自由を意味する」⁽²²⁴⁾として第3版以来帰責能力論で展開したものと同内容であり、やはりここでも、改版を通じたリスト理論の一貫性と、リストによる行為と帰責能力の強固な関連づけという2つの要素を看取することができるように思われる。また、さらにこの2つの要素についていうならば、第3版で行為論の大部分をなしていた「動機」を中核とする行

(222) v. Liszt, a. a. O., 6. Aufl., S. 99.; v. Liszt, a. a. O., 7. Aufl., S. 102.; v. Liszt, a. a. O., 8. Aufl., S. 116.; v. Liszt, a. a. O., 9. Aufl., S. 115.

(223) なお、これは第7版までであり、第8版では同じ内容が、後述するように「意思活動（*Willensbethätigung*）」についての記述として述べられている（Vgl. v. Liszt, a. a. O., 8. Aufl., S. 119.）。

(224) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 6. Aufl., S. 101.; v. Liszt, a. a. O., 7. Aufl., S. 105.

為の生ずる仕組みの解説は次に設けられた「作為」の項目において内容を変えることなく再び姿を現している⁽²²⁵⁾こと、そして、その「動機」は、第8版に至っては「意思活動とは、機械的または精神的・物理的強制から自由であり、表象によって定められる（動機づけられる）ところの人の態度（作為または不作為）である」⁽²²⁶⁾として行為の2要素の1つである有意性の定義という形で行為そのものの記述の中に復活しており、行為論および帰責能力論に共通する重要な概念であることが非常に明確になっていることも注目し値するといえる。

第10～21・22版⁽²²⁷⁾

第10版以降においても、リストの行為論には内容的な変更はないが、論述の形式の点で若干の変化がみられる。

まず、「犯罪の主体」については、第14・15版では、「個人のみならず、人の集合体である法人にも、現行法によれば行為能力がある」⁽²²⁸⁾として刑法上に限られない一般的な行為について言及する一文が追加され、第16・17版では、独立した項目としての扱いがなくなり行為概念を論ずる項目の中の一部に場所を移される⁽²²⁹⁾ものの、「可罰的行為」という意味ではこれまでと同様に、「法人は犯罪を犯しえない（*societas delinquere non potest*）」として可罰的行為能力を否定する点、また、法人に対する「罰金刑（*Geldstrafe*）」による両罰は「刑罰（*Strafe*）ではない」とする点において、第21・22版においても第9版までの内容と比較して大きな差異は存在しない⁽²³⁰⁾。

(225) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 6. Aufl., S. 103. ; v. Liszt, a. a. O., 7. Aufl., S. 106.

(226) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 8. Aufl., S. 119. ; v. Liszt, a. a. O., 9. Aufl., S. 118.

(227) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 10. Aufl., S. 100 ff. ; v. Liszt, a. a. O., 11. Aufl., S. 100 ff. ; v. Liszt, a. a. O., 12. Aufl., S. 122 ff. ; v. Liszt, a. a. O., 14. und 15. Aufl., S. 120 ff. ; v. Liszt, a. a. O., 16. und 17. Aufl., S. 120 ff. ; v. Liszt, a. a. O., 18. Aufl., S. 125 ff. ; v. Liszt, a. a. O., 19. Aufl., S. 125 ff. ; v. Liszt, a. a. O., 20. Aufl., S. 126 ff. ; v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., S. 115 ff.

(228) v. Liszt, a. a. O., 14. und 15. Aufl., S. 120.

(229) v. Liszt, a. a. O., 16. und 17. Aufl., S. 122.

(230) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., S. 100 f.

次に、行為の定義については、第10版から17版までは、「行為とは、有意的に外界における変更を惹起すること、または、それを妨げないことである」⁽²³¹⁾とされた後に、第18版・第19版では、その直後に「すなわち、結果を伴う有意的態度である」との文言が挿入され、それが第20版および第21・22版では、「行為とは、外界に対する有意的態度であり、厳密には、有意的態度による外界の変更、すなわち、変更（結果）を惹起すること、または、それを妨げないこと」⁽²³²⁾という形となった。同時に、有意性は自由意思論とは無関係であるとのリストの根本的立場も付言されている。

そして、その定義を受けて、行為についての解説が続くが、形式的には、これまで通り、項目の名称は存在しないながらも「有意性」、「因果性」、「因果関係」に区分されつつ、内容的にも大きな変更はなく⁽²³³⁾、第21・22版の以下のような内容に至っている。

第一に、「有意性」については、「意思活動」として記述され、「行為の概念は、第一に、有意的な態度、すなわち、意思活動を前提とする」（第18版以降では「（行為は客観化された意思である）」が追加される）という一文の直後に、第9版に類似するところの、「意思活動とは、機械的または物理的強制から自由であり、表象によって定められる（決定される、動機づけられる）ところのあらゆる態度である」という文が続き⁽²³⁴⁾、「動機」を行為論において重要な存在であるとする立場に変更はない。さらに、第12・13版以降では、これに加えて、「行為の概念と動機の概念は不可分である。動機のない行為は存在し

(231) v. Liszt, a. a. O., 10. Aufl., S. 102.; v. Liszt, a. a. O., 11. Aufl., S. 102.; v. Liszt, a. a. O., 12. und 13. Aufl., S. 124.; v. Liszt, a. a. O., 14. und 15. Aufl., S. 122.; v. Liszt, a. a. O., 16. und 17. Aufl., S. 121.

(232) v. Liszt, a. a. O., 18. Aufl., S. 125.; v. Liszt, a. a. O., 19. Aufl., S. 125.; v. Liszt, a. a. O., 20. Aufl., S. 126.; v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., S. 116.

(233) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 10. Aufl., S. 102 ff.; v. Liszt, a. a. O., 11. Aufl., S. 102 ff.; v. Liszt, a. a. O., 12. und 13. Aufl., S. 124 ff.; v. Liszt, a. a. O., 14. und 15. Aufl., S. 122 ff.; v. Liszt, a. a. O., 16. und 17. Aufl., S. 121 ff.; v. Liszt, a. a. O., 18. Aufl., S. 126 ff.; v. Liszt, a. a. O., 19. Aufl., S. 126 ff.; v. Liszt, a. a. O., 20. Aufl., S. 127 ff.; v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., S. 116 ff.

(234) v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., S. 116.

ない」として、本稿が着目してきたリストの行為論における動機概念の重要性をリストはこれ以上ないほど明確に表明し、「動機」の位置づけについての論述へと進んでゆく。「動機」に関しては、版によって細かな表現の差異はあるが内容は一貫しており、最終的な第21・22版の表現を用いるなら、「個々の意思活動の動機は、快の感覚を伴うところの、意思活動によってもたらされる外界の変更の表象である。この最終的には常に外界に由来する表象が、意思活動の一方の要素を構成する。他方の要素は、思考、感情、意思における行為者の特性、つまり、一部先天的であり一部後天的である永続的な心理的素質、および、それゆえに既存のものとなった個人的な反応の態様によって構成される」⁽²³⁵⁾とされている。そして、リストによれば、これらの「動機」(「表象」と「行為者の特性」の産物として「意思 (Wollen)」が生ずるところ、その意思は「意思衝動 (Willensimpuls)」という「刺激伝達 (Innervation)」にすぎない⁽²³⁶⁾。リストは、ここまでを「意思活動 (Willensbetätigung)」の内容とし、行為のもう一方の構成要素である「結果 (Erfolg)」とは峻別されるものであるとす。

第二に、「因果性」については、「結果」として記述され、「意思は外界に向けられたものでなければならぬ。したがって、行為概念には、人(たとえ内面の精神においてであっても)、または、物に対して、(たとえ一時的であっても)外界の変更の発生が必要である。この感覚で知覚可能な変更を結果と呼ぶ」⁽²³⁷⁾という論述は内容的にこれまでと変わるところはなく、その後には、いかなる犯罪にも結果は必要であって、結果を要求する「結果犯」に対して結果を必要としない「挙動犯」を区別して考えるべきではないこと、ここでいう刑

(235) v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., S. 116.

(236) ここでリストが注意を促すのは、「結果の意思 (Wollen des Erfolges)」という表現は誤解を招くだけであるということであるが、リストのいう「刺激伝達」という意味での「意思」は、たとえば、殺人において「ピストルの引き金を引くという筋肉の収縮を起こす信号を脳が出す」というような意味であると理解できることから考えるなら、このことは論理的に必然であり正当な指摘といえよう。

(237) v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., S. 118.

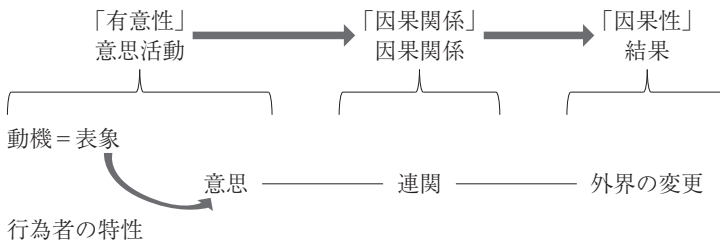
法上の概念としての「結果」とは殺人罪でいえば死に先行して起こる傷害等ではなく死そのものであることが述べられ、第4版から始まった「危険」についての詳しい解説も第21・22版まで継続されている。

第三に、「因果関係」については、第6版から見られる「意思活動と行為の連関」⁽²³⁸⁾の記述が継続されている。ここまで述べられた行為概念の2つの要素は全体として結合されなければならないところ、それをするものがこの「意思活動と行為の連関」であり、その中でも客観的連関が「因果関係 (Kausalzusammenhang)」、また、主観的連関が行為・過失である。

以上のように概観したリストの行為論は、版を重ねる中で表面的な細かな変遷は見られるものの、「動機」概念を軸とした行為が生ずる仕組みに基礎を置き、そして、「有意性」、「因果性」、「因果関係」から構成される点で変更はないということが理解でき⁽²³⁹⁾、図示するならば次のようになる（図表3）。

また、リストのこのような行為論は典型的な有意的行為論・因果的行為論であるが、その特徴は「動機」の概念を「有意性」の論述、言い換えるなら、人の意思決定過程（意思活動）の描写に用いているということであるため、その意義を以下で検討することとする。

図表 3



(238) Vgl. v. Liszt, a. a. O., 21. und 22. Aufl., S. 119.

(239) 有意性についてであるが、私見と同じく『ドイツ刑法教科書』の版を通じて一貫性を保っていたとする見解として、Vgl. v. Bubnoff, a. a. O., S. 140.

第二節 リストの行為論の評価

第一款 リストの責任能力（帰責能力）論との関係

以上のようなリストの行為論であるが、これと、本稿ですでに検討したリストの帰責能力論との関係を対比した場合、両者の間には、「動機」を軸として構成されている点、すなわち、人の意思決定過程（意思活動）の理解から理論を構成している点において、次に論ずるようにほぼ完全な一致が読み取れるように思われる。

まず、一方で、リストは、帰責能力論において、帰責能力とは「動機による正常な決定可能性」（A、F）であるとするが、そこでいう「動機」とは行為論における「動機」と同じく「表象」であり、その「表象」には「宗教・道徳・法・怜悯」が含まれるとされている。この「宗教・道徳」は、例えば「他人の所有物を盗むのは正しくない（悪）」という善・悪についての表象であり、また、「法・怜悯」は、例えば「他人の所有物を盗むのは法に反し、民事上・刑事上の制裁を被る可能性がある（不快、損）」、「他人の所有物を盗めばその物を使用することができる（快）」、「他人の所有物を盗めば対価が不要である（得）」という快・不快、損・得についての表象である⁽²⁴⁰⁾と考えることができる⁽²⁴¹⁾ところ、帰責能力者となるには、それらの「諸表象の正常な内容」があること、すなわち、正常かつ十分な分量の表象を得ていることを満たさなければならぬと同時に、その表象が悪、不快、損であるのでやめよう（善、快、得であるのでやろう）という方向に作用するような「感応力」・「正常な動機設定力」を行為者が有していなければならない。刑罰もその表象の一つ、かつ、悪、不快、損の感覚を伴う表象であり、人はこれらの表象の善、快、得および悪、不快、損を総合し、その結果として現れるのが行為の意思であるといえよ

(240) 「法」は善・悪の表象ともいえるであろう。

(241) もちろん、リストが「表象全般」と述べていることから、これら以前のこととして、「表象」には、たとえば「目の前にいるのは人間であり、Aという人物である」、および、「自分が手に持っているのはけん銃という殺傷能力のある器具である」というような純粋に事実的なものも存在するであろう。

う。リストが先述したように『ドイツ刑法教科書』第2版および第3版での意味での自由意思（「心理学的（意味の）」自由意思）を基礎として帰責能力論を構築することを明言しており、論文「刑法上の帰責能力」でも、以上のような心理・精神構造の理解こそが「刑罰の効果を我々に保証してくれる」と述べていたことは、リストが善・悪、快・不快、損・得についての一人前の判断力を有する「自己決定可能な市民」を前提としていたという先述したことも整合的である。

他方、翻って行為論においても、リストは、「個々の意思活動の動機は、快の感覚を伴うところの、意思活動によってもたらされる外界の変更の表象である」としている。行為者は、犯罪行為であろうとなかろうと、例えば、視覚が外界からの刺激を受けることによって、自分が目の前にある美味しそうな食べ物を食べてその結果として味覚を刺激されるというような快の感覚を伴う表象を原因すなわち「動機」として、「その食べ物を食べる」つまり「その食べ物に向けて手を伸ばす」という行為に出るのであり、犯罪行為においてもそれは同様であるが、他方で、その食べ物が他人の財物であった場合に、その表象があらゆる人にとって「その食べ物に向けて手を伸ばす」という意思に直結することとなるわけではない。先に挙げた「他人の所有物を盗めばその物を使用することができる（快）」、「他人の所有物を盗めば対価が不要である（得）」という直接的あるいは間接的経験（例えば、幼児が欲しくてたまらなかった他人の玩具を無断で持ち出したがそれが発覚しなかった、または周りの大人が他人の所有物を盗み、満足げに使っている、もしくは、それを正当化する内容を語っているのを見聞きした）という外界からの刺激によって得られた表象は窃盗行為の「動機」となりうるといえと同時に、同じく先に挙げた「他人の所有物を盗むのは正しくない（悪）」、「他人の所有物を盗むのは法に反し、制裁を被る可能性がある（不快、損）」という直接的あるいは間接的経験（例えば、幼児が悪いと知らずに他の子供の玩具を無断で手に取ったら相手の子供に文句を言われた、もしくは、叩かれた、または、大人にそれはしてはいけないことだと教わった）という外界からの刺激によって得られた表象をも人（正確には帰

責能力者である人)は有しているものであり、あとはそのいずれが優越するかということ等が、「行為者の特性」に左右されることとなろう。そして、それによって生じた「食べ物に向けて手を伸ばす」という「意思衝動」たる「刺激伝達」があった(「意思活動」があり「有意性」が満たされた)瞬間に身体は物理的に動き、それによって「その食べ物に手が伸ばされる(法益に対する危険があり未遂犯が成立)」あるいは「その食べ物が確保される(法益侵害があり既遂犯が成立)」というように外界が変更されるという「結果」が発生するというのが、リストの考える意思の客観化である「行為」の構造であると解することができると思われる。

以上のように、リスト理論中で行為と帰責能力は、動機を核とした概念という点で共通性を帯びており、加えて、それは法律行為のうち刑事上のものを意味する「行為」の構造の分析の結果としての、外部の表象を動機として身体的挙動の意思が形成されるという意思活動を背景としている。ここに至って考察するならば、リストが帰責能力を「法的意味」において、あるいは、「純粋に形式的」には行為能力であるとしていたことが、この共通性からの必然的結果であったことが明らかとなったといえるように思われる。すなわち、リストによれば、人は、その行為の瞬間以前に獲得した様々な事実的および評価的な表象がある中で、「快の感覚を伴うところの、意思活動によってもたらされる外界の変更の表象」という動機が新たにもたらされたことにより、それらが行為者の特性に従って作用した結果として身体の動静をもたらず神経の刺激が発生するという意思活動が生じ、それが外界に作用することによって外界に変化を発生させるという「行為」をなすのであるが、その意思活動が「動機による決定可能性」(F)がある「正常」な(A)一般人と同様に進行する(「動機による正常な決定可能性」(A、F)を有する)ということが行為能力としての帰責能力であるということとなる。

それでは、リストが行為論と帰責能力論の両方で動機を核とした行為という構造、つまり、動機による意思すなわち行為の決定という同じものを二重に論じていた意味はどこに見出せるであろうか。この点につき、はじめにかならず

留意しておくべきは、リスト自身の使用した文言であり、帰責能力を「法的」・「形式的」に行為能力であるとしていることである。これを解釈するならば、動機による行為の決定がなされうる能力、すなわち、「動機による正常な決定可能性」（A、F）の「形式的」側面が行為能力であり、その「実質的」側面が帰責能力であることとなる。これに留意したうえでリストの行為論と帰責能力論の内容を見ると、リストは行為の項目中で「犯罪の主体」となりうる範囲を扱っており⁽²⁴²⁾、行為者には民事法の領域においてと同様に刑事法の領域においても「法的」に行為能力が必要となることは当然であるところ、リストが帰責能力を論ずる際に言及していたように、帰責能力は「法的」・「形式的」には「刑法的に意味のある行為を行う能力」たる「行為能力」であり、その「形式」の背後にある「実質」が「動機による正常な決定可能性」（A、F）なのであれば、まず、行為論において「犯罪の主体」であることを満たすということは、刑法上の「行為」とは刑罰という動機によって意思決定に働きかけることが不可能かつ無意味な動物あるいは自然現象に起因するものではなく、刑罰という動機によって意思決定に働きかけることが可能でありかつ意味がある人間に起因するものであるという意味で、「動機による正常な決定可能性」（A、F）のあることの前提としての必要条件である⁽²⁴³⁾こととなる。同様に、思想、受動運動、反射運動ではなく有意的態度であることも、刑罰という動機によって意思決定に働きかけることを通じて左右するという意味で「動機による正常な決定可能性」（A、F）のあることの前提としての必要条件であり、かつ、これらのことは、主体が「人」であるか否か、また、その「態度」が「有意的」であるか否かという「形式的」判断に関することといえる。もっとも、そのように「人」による「有意的態度」であることが認められただけで、当該行為者の態度に「動機による正常な決定可能性」（A、F）が実際にあったと確定する

(242) 行為には主体が当然に必要なから行為者も広義においては行為の要素である。

(243) リストが原則として「法人は犯罪を犯しえない」としていたこと、および、自然人の行為に対する両罰規定によって法人に罰金が科されるときもそれは刑罰とはいえないとしていたことも、この延長として解釈することができよう。

ことまではできないであろう。この段階では、「動機による正常な決定可能性」(A、F)があった可能性が一応あることから、その「行為」が刑法上の「犯罪」として罰すべきか否かを審査することが無意味ではないこと、つまり「刑法的に意味のある行為」であることが「形式的」に認められたにすぎない。もし、この行為が違法であることまでが認められたとしても、その行為者が精神障害等により善・悪、快・不快、損・得を判断して意思決定をする能力を実際には有していない虞もまだ存在するのである。よって、帰責能力論において、当該行為者の態度に「動機による正常な決定可能性」(A、F)が実際にあったか否かという「実質的」な能力を審査する必要がある。以上のように、リスト理論は、帰責能力を行為論の段階で判断するという枠組みを採用せず、主体が人であること、また、その態度が意思に基づいているといった「動機による正常な決定可能性」(A、F)を持ちうるための必要条件として最低限の「形式的」な行為能力を行為論に残し、実際に当該行為者に「動機による決定可能性」があることという「実質的」な行為能力を責任論の段階に場所を移して置いていると分析することが可能である。そして、付言するならば、「動機による正常な決定可能性」(A、F)によって正常に行為の選択をなしたという「形式的」な能力については、それを欠けば常に処罰が否定されるのに対し、「動機による正常な決定可能性」(A、F)によって正常に行為の選択を実際に行ったという「実質的」な能力については、それを欠いた原因が帰責能力を阻却するとして法文に列挙された事由に該当する場合のみ処罰が否定されることとなる点に違いがある。

第二款 シュミットによるリスト『ドイツ刑法教科書』改版との比較

以上、リストの帰責能力論と行為論の一貫性とその意義を論じてきたが、本稿では先にリストとシュミットの帰責能力論を比較し、帰責能力を行為と関連づけるか否かの点に重要な差異があるということを論じた。すなわち、リストは意思活動の構造を軸に帰責能力を行為と関連づけたのに対し、シュミットは帰責能力と行為の関連づけ自体をそもそも引き継がなかったということである

が、そうすると、ここで思い当たるのは、リストとシュミットの理論には、行為論においても、有意的行為論（因果的行為論）と社会的行為論というよく知られた学説の差異があるのは当然として、その背景においても重要な差異があるのではないかということである。そこで、以下ではシュミットの行為論⁽²⁴⁴⁾を検討することとする。

まず、言及した有意的行為論（因果的行為論）から社会的行為論への変化という点、および、本稿で検討した責任論の本質的変更という点から考えるなら、シュミットは、『ドイツ刑法教科書』第26版で行為論についても記述を一般的に改めているのではないかとの予測が浮かびそうであるが、実際の記述はその逆の内容となっている。すなわち、シュミットは、「行為とは、社会的外界に対する有意的態度、すなわち、有意的態度による社会的外界の変更である」⁽²⁴⁵⁾と定義し、それは変化を惹起する作為または不作為であるとする。シュミットの理論の特徴は、リストがすでに見たように行為の定義において、当初は「身体活動」という語を用いていたのを「態度」という語に置き換え、有意的行為論（因果的行為論）の弱みである不作為に関する説明を意識して行為論一般の項目の後に作為と不作為の項目を追加したことを受けて、シュミットは定義中に作為と不作為の文言を入れた点に見出されるが、この点は2論者が共通して取り組んだ課題であったといえることから、シュミットによる改版に際して定義として追加された一文ではあるものの、逆に両論者の理論の一致を裏づけるものとしてしか評価しえない。

この他には、定義に「社会的」という語が用いられるようになったことがリストの行為論と対比した場合におけるシュミットの行為論の特色であるが、このこと以外の面では、シュミットはリストの行為論をそのまま踏襲している。

このように、リスト本人による行為論を変更した点は、一般に最も注目される、自然主義的行為論である有意的行為論（因果的行為論）を社会的行為論に

(244) Vgl. Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 153 ff.

(245) Liszt-Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 154.

改めた点であるが、シュミットは、リスト理論の特徴である有意性、因果性のいずれも維持しているばかりか、行為と動機の強固な関連づけについてもそのまま形で保っている。つまり、シュミットは、責任論および帰責能力論において、『ドイツ刑法教科書』を規範主義へと完全かつ明確に転化させたのに対し、行為論においては、その規範主義の影響は限定的かつ名目的なものにすぎない。シュミットはこのように帰責能力論で「動機による正常な決定可能性」(A、F)にまったく異なる意味を付与し「動機」を核とした行為の仕組みの事実的分析による理論を放棄しているにもかかわらず、行為論ではそれを一応は維持していたのであり、よって、帰責能力を行為能力と関連づける記述を削除したのは当然の帰結といえよう。のみならず、シュミットの行為論は、規範主義の影響が少ないばかりか、刑罰目的とも直接的関係は見出されず、シュミットの理論体系の中で浮いた存在となっていると評価することも不可能ではない。このように考えた場合、リストは、刑罰目的という理論的中核について、直接的には犯罪論中のいずれの要素とも距離をとったが、実際は帰責能力論と行為論において行為の構造の分析を軸に置いており、かつ、そこでは「動機による正常な決定可能性」という刑罰の効果に関わる要素が本質とされていたことから考えれば、行為論こそが刑罰目的論との緊密性、そして一貫性を有するものであったと整理できる。それに対し、シュミットは、特別予防という刑罰目的の他に非難の概念を理論的中核としたが、その非難の概念を犯罪論の中の一部、とりわけ責任論と責任能力論に結びつけたと整理できる⁽²⁴⁶⁾。

そうであるとする、リスト理論に対して向けられる、「特別予防論をそこまで重視するのに、なぜ刑法理論上で行為をことさらに重視する体系を構築するのか」という問い、すなわち、行為主義・客観主義という終点と行為者の危険性という始点を定めて強引に作為的に両者を結びつけたのではないかという、行為者の危険性(特別予防論)という理論的中核と行為を重視する客観主義理論体系との不適合性の点における批判は、よくよく精査してみると、リス

(246) 前掲・拙稿「フランツ・フォン・リストの刑法理論の一断面」156頁参照。

トの近代学派理論ではなく、シュミットにより改められた規範主義と一体化された近代学派理論、そして、その後者を基本的には受容した日本における近代学派理論に対して向けられるはずの批判であったこととなろう。このように、一方で、シュミットと一般的な近代学派論者のように、責任という犯罪の構成要素の一部分のみを、その内容が非難であれ危険性であれ、処罰根拠と直結させた場合、特別予防を中核とする犯罪論に重大な欠点を生ずるが、とはいえ、他方で、処罰根拠を犯罪論中の特定の要素と直結させない場合には、なぜ犯罪論中のどこにも登場しない処罰根拠が、全体として突然に登場するのかとの批判が向けられうる。その点、リスト理論に見られたように、処罰根拠を責任ではなく、犯罪論で構成要件該当性・違法性・有責性という全要素が結合される行為という要素に結びつけるという理論構成は理にかなったものと評価できるのではないだろうか⁽²⁴⁷⁾。なぜなら、「犯罪論での特別予防の考慮は、犯罪行為全体を処罰根拠とすることによりなされるはずだからであり、また、ここまで特別予防論と行為主義の理論的適合性を追求してきたこととの関係でいえば、ある刑法理論から行為主義が導かれるのは、基本要素・結合要素としての行為が、形式的・体系的意義のみならず、処罰根拠と関係を有することで実質的意義を有し、それゆえに行為が要求されるはずだからである」⁽²⁴⁸⁾。

そして、以上の分析をより進め、それを新たな刑法理論体系構築の一助とするならば、犯罪の処罰根拠を行為者の危険性とする場合、行為を単に因果性と有意性によって定義するだけではなく、リスト理論をより一歩進め、意識的かつ明示的に「行為者の危険性の徴表となりうる態度」として定義するという方向性が考えられるのではないと思われる。このような「行為」の定義は、「動機により決定可能な態度」とも言い換えることが可能であり、さらには、リストも述べていた「外界に対する有意的態度」という因果的（有意的）行為ともほぼ同一の概念となろう。なぜなら、因果的（有意的）行為論において行

(247) 前掲・拙稿「フランツ・フォン・リストの刑法理論の一断面」157頁。

(248) 前掲・拙稿「フランツ・フォン・リストの刑法理論の一断面」157頁。

為が因果性および有意性によって定義され、またそれらが行為の要件として要求される根拠は、本稿の検討において明らかとなったように、「表象（動機）→神経の刺激→意思→身体の動静（態度）→外界の変更」という「行為」が発生する構造の分析に求めることが可能であり、また、その行為の構造を利用して刑法規範および刑罰という犯罪行為の意思を妨げる表象（犯罪行為をしない動機）を置くことで犯罪行為の発生を防止するという点に見出すことも可能だからである。つまり、通常であれば犯罪行為の意思を妨げる表象（犯罪行為をしない動機）であるはずの刑罰があったにもかかわらず犯罪行為に出たということは、その行為者には善・悪、快・不快、損・得を計算し行為を決定するという「動機による正常な決定可能性」（A、F）が存在せず一般予防が効果を發揮しないことが判明した、よって、そのままでは今後も同様の行為（再犯）に出る可能性すなわち行為者の危険性が認められることからその行為者には「動機による正常な決定可能性」（A、F）を植え付ける特別予防が必要であると評価することが、機会犯人を除外すれば原則として可能であるところ、思想といった因果性を欠くものは上述の表象による身体の動静（態度）の決定過程の構造と関係がないためそもそも問題とならず、また、受動運動、反射運動といった有意性を欠くものは動機による決定が誰にとっても不可能であるため、たとえ誰かがそれを行ったとしても「動機による正常な決定可能性」（A、F）が存在しえないことからその行為者に危険性が認められる余地がないといえる。このように、本稿の検討の結果から、行為論における因果性および有意性については、特別予防という刑罰目的のための行為者の危険性の探知にとって意味のある行為、すなわち、「刑法上意味のある」行為である「行為者の危険性の徴表となりうる態度」という「徴表的行為」の要件として再構成することが考えうる。

したがって、一般的な単なる因果的（有意的）行為論と私見の方向性が異なる点は、私見においては、本稿で行ったリスト理論の検討の結果から、因果性および有意性を「動機による正常な決定可能性」（A、F）に源を持つものとして、さらには、「動機による正常な決定可能性」（A、F）を一般予防が効力を

有さないという行為者の危険性に源を持つものとして、行為論における因果性および有意性が「動機による正常な決定可能性」（A、F）の下位概念、そして、その「動機による正常な決定可能性」（A、F）は刑罰論における行為者の危険性の下位概念とそれぞれなっていることである。このようないわば「**徴表的行為論**」においては、作為および不作為のいずれも行為者の危険性の徴表となりうる態度という上位概念のもとに置かれるため、作為と不作為の共通項を設定できず行為がその上位概念となりえないという因果的（有意的）行為論の欠点は克服されよう。すなわち、「自然的行為概念の現代的変形として現在でも種々に用いられている、行為を『人間の態度』とする定義も、『態度』が、独立した上位の概念要素を持たないで、作為と不作為の単なる集合名称として用いられる場合には、共通の基本要素としての性質を失う」⁽²⁴⁹⁾こととなるというよく知られた批判は、近代学派理論における刑罰の根拠という極めて重要な意味のある上位概念を行為概念の上に置くことにより免れることができると考えられる⁽²⁵⁰⁾。

さらに、本稿において、リストが責任そのものの領域では期待可能性概念を中核におく規範的責任論を最後まで取り入れることはしなかったものの、帰責能力の領域で期待可能性に近いものを論じていることをすでに見たが、私見の「**徴表的行為論**」によれば、ある行為者による意思に基づく態度があり、かつ、それが違法であったとしても、他の適法な態度を期待できない状況での態度である場合には、その行為者以外の人であったとしても同様の違法な態度に出るということであるから、当該行為者が犯罪によって得られる快と刑罰によって被る不快を計算できず、一般人であれば快・不快原理によれば従うはずの刑法規範を無視して犯罪に走るかもしれないという、一般予防が効果を有さ

(249) 平野龍一監修、町野朔＝吉田宣之監訳『ロクシン刑法総論第一巻〔基礎・犯罪論の構造〕（第3版）（翻訳第一分冊）』（2003年、信山社出版）243頁。

(250) 同じく、忘却犯についても、徴表的行為であるという点では同様であるところ、有意性をどこに認めるかについて複数の可能性がありうるが、不作為も徴表的行為であることについてはすでに論じているため、一般的な因果的行為論と比較して説明はしやすいと思われる。

ない危険な性格の持ち主であることを、その態度からは知ることはできない、すなわち、その態度が行為者の危険性の徴表となりえないという意味で、期待可能性も行為要素の一部として考慮することができるのではないだろうか。例えば、窃盗罪の規定が刑法典中に存在していても、ある人が特殊な理由により究極的な窮乏状態にあり些細な飲食物を所有者に無断で持ち出して飲食したという事例で、一般人であってもそれを思いとどまることはできず同様に行動したであろうという場合には、その行動からはその人が他の人と比較して、刑罰という不快・損を反対動機として犯罪遂行の最終的決定を思いとどまる能力、すなわち、一般予防に対する感受性が特に低いと推論することはできず⁽²⁵¹⁾、それを刑法上の「行為」として取り上げて、この行為が他の犯罪の要素を具備し、この行為者が特別予防の対象者となるか否かを審査することは、反射運動といった有意性のない態度について同様の審査を試みるのと同じく、不可能かつ無意味であると思われる。さらにいうならば、一般人から見ても、犯罪行為を避けて死ぬことと犯罪行為を行って生き延びることの快・不快と損・得を計算すれば、犯罪行為に付されている法定刑という不快・損を考慮したとしても、後者のほうが快・得であると判断するであろうから、そのような場合に、ある人が犯罪を行ったとしても、その人には快・不快と損・得を計算する能力はないと評価できないどころかその能力に長けているとも評価できる。以上のように、シュミットのようにあえて規範的考察に思考方法の舵を転換することで特別予防論と規範的責任論の接合を強行しなくても、例外的に期待可能性を

(251) ここから考えるなら、期待可能性の判断は一般人基準説によることとなることが考えられうるが、その際にも、一般人という基準は、例えば「平均人」という若干あいまいな表現だけではなく、犯罪により得られる快・得と刑罰により被る不快・損を計算し犯罪行為を思いとどまる能力がある人、つまり、一般予防が効力を有する人ということとなろう。また、「平均人説が行為者標準説の陣営から受ける批判であり、その最大の難点である」ところの「いくら平均人に適法行為の期待が可能であろうと、それは行為者本人の可能性とは本来別個のものである。『可能』が責任非難に不可欠の前提だとすれば、平均人説が論証したのは平均人の責任であって、行為者のそれではない」(西台満「『期待可能性』について—その標準からの考察—」秋田大学教育学部研究紀要(人文科学・社会科学)(1978年)78頁)という点についても、私見では期待可能性を非難と結合させていないため、このような批判が向けられることはないように思われる。

欠く事例について何らの考慮もできずに冷酷にも重罰を科す結果となることは、近代学派理論からも十分に回避できよう。

とはいえ、この「徴表的行為論」によって期待可能性を考える場合、いくつかの疑問が生じうる。

まず、期待可能性が行為の段階で判断されることともなるように考えられるかもしれないが、もしそのようになるのであれば、適法行為が期待可能な状況であったか否かという極めて実質的な判断を行為論の段階で行わなくてはならなくなり、刑法理論体系としてはかなり不自然なものとなろう。しかし、本稿で検討したリスト理論における形式的な行為能力と実質的な帰責能力という関係性を参考にするならば、期待可能性という要素についても、「刑法的に意味のある行為」たる「動機による正常な決定可能性」(A、F)のある行為の判断について、「実質的」には先述したように期待可能性のある態度でないと刑法的に意味がない、すなわち、近代学派理論では、そこから行為者の危険性を探知しようとする意味がないところ、行為論においては、「刑法的に意味のある行為」であるか否かのうち最低限の「形式的」な判断である因果性と有意性を残して、反射運動等のみを排除するにとどめ、期待可能性がない状況での態度も反射運動等ではないという意味では一応の意思決定のある態度であって「形式的」な因果性と有意性は存在するため「行為」ではあるものの、そのような行為には究極的状况があることによって「実質的」には善・悪、快・不快、損・得を計算して意思決定をするという真の意味での自由な意思決定の可能性、すなわち、「動機による正常な決定可能性」(A、F)が存在しないという点において、期待可能性も責任の要素⁽²⁵²⁾であると位置づけるという理論構成も可能であるように思われる。このように、帰責能力論における「純粹に法的・形式的には行為要素である責任要素」という位置づけを用いて期待可能性を理解するなら、近代学派理論を規範的責任論に接合せなくとも期待可能性を責任に取り込むことは可能となる。

(252) あるいは、責任の中の責任能力の要素と解する余地も考えうるかもしれない。

次に問題となるのは、期待可能性の程度をめぐってである。期待可能性を帰責能力と同様に行為に由来する要素とすると、リストが同じく行為に由来する帰責能力について有か無のいずれかである(C)としているように、期待可能性についても、それが高いあるいは低いということは結論的には考慮されえず有か無のいずれかであることとなるのではないかという疑念が生ずることが予想される。しかし、期待可能性が真に問われるべき事例は、ごく例外的な究極的状况であり、その非常に狭い中にさらに程度・段階というもの観念できるのかが疑わしいとも考えられることに加え、期待可能性が不存在であるとして不処罰とする事例以外の、何らかの事情を考慮して刑が減輕されるにとどまるような事例では、あくまでも処罰する以上は適法行為の期待可能性がそもそも「存在した」からこそ処罰できるのであり、期待可能性ではなく単なる情状の問題として処理ができると同時に処理すべきであるとも考えられるのではないだろうか。よって、もし期待可能性の程度という観念を認めないとしても、それほど大きな不都合は生じないと考えられる。

小括

ここまでの検討から、リストは、行為を、善・快・得の表象を動機としてそれが行為者の特性と反応することによって生ずる意思によるものでなければならぬという意味での「有意性」、および、その意思は外界に向けられたものであり外界に変更(結果)をもたらさなければならないという意味での「因果性」、そして、意思と結果とは連関がなければならないという意味での「因果関係」という3つの要素によって定義したが、それは、様々な表象によってもたらされる善・悪、快・不快、損・得を考量して意思決定(行為)を行うという行為の発生の分析に基礎を置いていたことが明らかとなった。よって、リストによれば、人の行為が表象の善・悪、快・不快、損・得の衡量を前提とするからこそ悪・不快・損の表象をもたらす刑罰は一般予防の手段として意味を持つのであり、そのような「動機による正常な決定可能性」(A、F)がある態度のみが刑法上意味のある「行為」となる。それゆえに、「刑法上意味のある行

為を行う能力」としての行為能力が帰責能力の源となるという帰責能力論を検討した際に論じた内容は、リストの理論構成からは当然であり、その中で、形式的に「動機による正常な決定可能性」（A、F）があるか否かを決する要素を行為論に置き、実質的に「動機による正常な決定可能性」（A、F）があるか否かを決する要素を帰責能力論に置くという構成をリストは採用していたのである。そして、リストが行為論および帰責能力論で理論の軸とした「動機による正常な決定可能性」（A、F）は、一般予防が効力を有する前提であるため、帰責能力で述べられていたように、これを欠いている場合は、欠くこととなった理由によって、その行為者は治療がなされるべき帰責無能力者あるいは刑罰が科されるべき犯罪者とされ、治療または刑罰によって「動機による正常な決定可能性」（A、F）を持つよう改善する必要性があることとなる。この意味で、リストの行為論は特別予防論と表裏一体と評価することができる。このようなリストの行為論の評価から得られるものとして、その点を意識的に強調して行為を「行為者の危険性の徴表となりうる態度」と定義する「徴表的行為論」を私見として提示したが、この私見は序論でも示した筆者の目指す「特別予防論に導かれた客観主義犯罪論」を基礎づけることができることに加え、一般的な因果的（有意的）行為論の欠点を克服する第一歩となり、また、これによれば、規範的考察に頼らずとも期待可能性を理論中に取り込むことができることが明らかとなった。

結論

以上、本稿においては、近代学派理論と規範的責任論の関係性の視点からリストの責任能力（帰責能力）論を解明することを目指し検討を行った結果、リストの帰責能力は、善・悪、快・不快、損・得を考量して意思決定（行為）を行うという行為の発生の分析に基づいており、事理弁識能力・行動制御能力、「動機による決定可能性」（F）の高低、すなわち「動機による正常な決定可能性」（A、F）の有無、および、帰責能力を欠く原因として刑法典に列挙されている事由の有無という2つの軸によって形成されていることが明らかとなっ

た。このように2つの軸があること自体は現代の刑法理論で一般的に考えられているのと変わるところはないものの、現代の刑法理論が、ある人に責任能力を欠く原因として刑法典に列挙されている事由がないのにその人の事理弁識能力・行動制御能力が一定を下回るという事態を、シュミットの理論に見られたのと同様に「規範的考察」から、そもそも存在しえないと見做して(擬制して)いる、すなわち、完全な責任能力を備えた行為者であれば犯罪を避けえたのにあえて犯罪に出たということは否定されえないとしているのに対し、リストは、そのような刑法典に列挙されている事由以外の原因によって事理弁識能力・行動制御能力、「動機による決定可能性」(F)が一定を下回るという事態が現実存在することを実際の例を挙げながら事理的観点から適示していたのであった。そして、行為をした時点においては法規範と刑罰という動機設定による一般予防が効力を持たないがゆえに特別予防を講じなければ再犯に至ることが予期されるこのような行為者類型が存在するどころか、それが犯罪者の多くを占めるという事実を突きつけた点こそが、リストの帰責能力論の画期的側面であると同時に、今日でも名称は一般的に知られているリストの犯罪者3分類説の真の意義であるといえよう。そして、それにより、非常に多義的に用いられがちな「行為者の危険性」とは、リスト理論では、善・悪、快・不快、損・得の考量による「動機による正常な決定可能性」(A、F)を有さず、刑罰が一般予防効果を持たないということであることが明らかとなったが、このことは、結果として、特別予防論にいう「改善」は、性格、人柄、嗜好といった人格そのものの改変ではなく、「動機による正常な決定可能性」(A、F)を植え付けることを意味することとなる点で、重要な意義を帯びる。また、行為論も、リストが帰責能力論の源を行為の分析に置いていることから当然に、「動機による正常な決定可能性」(A、F)という特別予防論における重要概念を基軸とするものであることが明らかとなった。そして、本稿では、リストの行為論の分析の結果を発展させて、行為論と特別予防論との関係性を意識的にとらえて行為を「行為者の危険性の徴表となりうる態度」と定義する「徴表的行為論」を私見として示し、「特別予防論に導かれた客観主義犯罪論」を基礎づけ

るとともに、期待可能性の位置づけの新たな可能性を主張した。

もともと、本稿は、責任能力（帰責能力）論および行為論一般について論じることを目的とはしておらず、「特別予防論に導かれた客観主義犯罪論」の構築という視座のもと、序論にも述べたように、リスト理論における責任能力（帰責能力）論および行為論について論じたものであるため、例えば、「動機による正常な決定可能性」（A、F）の有無、および、帰責能力を欠く原因として刑法典に列挙されている事由の有無という2つの軸によって形成される責任能力論における責任能力の認定の基準、あるいは、「徴表的行為論」における行為の特定の方法といった具体的な問題については扱っておらず、今後の課題としたい。