

刑事責任と人格の同一性 (二・完)

— アメリカにおける解離性同一性障害患者たる被告人の
刑事責任を巡る議論を素材として —

上原大祐

三. アメリカの議論における各論者の議論の展開

(三) グローバルアプローチ

グローバルアプローチを支持する論者として、以下の論者がいる。

(i) Mamer⁽⁵³⁾の見解

Stephen S. Mamer⁽⁵³⁾は、Saksの見解を次のように批判する。Mamerはまず、人格同一性に関し、身体的同一性と心理的同一性は不可分のものであるとする立場から、DID患者たる被告人が複数人の集合体であるとするSaksの見解を否定し、人格状態を、一人の人のなかの分かれた一部分であるとの見解に立脚して議論を展開する⁽⁵⁴⁾。しかし、この立場においても、Mamerは以下の点においてSaksと見解を異にする。すなわち、「Saks…括弧内筆者）は一人の深く分かれた人の中の人の人のようにでない一部分を、なお十分に人のような性質を有しているものと見ている…（のに対し…括弧内筆者）…私は人格状態を、一人の単一の人の不可欠な精神的構造物と見なす⁽⁵⁵⁾」。その上でMamerはDID

を躁鬱病と比較し、双方の間には、正常時と病気発症時において被告人の精神の状態が異なり、正常時の状態が病気発症時の被告人の行為を止めることができない、という共通点がある、と指摘する⁽⁵⁶⁾。その上で、Manner は、被告人の刑事責任を判断する際に最も重要なのは、正常時・病気発症時の双方を包含する全体のシステムの指揮およびコントロールの有無である、と述べ、DID 患者たる被告人の場合、正常時の状態である主人格が行為を統御している時と、病気発症時の状態であるところの副人格が行為を統御している時を包含する全体的なコントロールが存在しないことを指摘する。そして結論として、中心となる人格状態、すなわち主人格が行為を認識・制御できない場合に限り DID 患者たる被告人を責任無能力とする判断方法、すなわちグローバルアプローチを支持する。ただし、Manner は臨時的知見に基づき、各人格状態は、ある程度人格状態間の意識の連絡があり、ある人格状態が他の人格状態の行為にある程度の影響を及ぼす能力が存在する場合がある、ということをも指摘する⁽⁵⁷⁾。また、同時に、DID という障害の疾患構造が、単純に複数の人格状態が存在する、ということではなく、その人全体の利益を保護し、促進するために設計された複雑なシステムである、ということを指摘し、各人格の行為は一般的に全体の利益のために行われている、とする⁽⁵⁸⁾。それゆえ、Manner は DID 患者たる被告人の刑事責任につき、責任無能力よりむしろ限定責任能力に親和性を持つ、と結論づけるのである⁽⁵⁹⁾。

(ii) Schopp の見解⁽⁶⁰⁾

DID 患者たる被告人の刑事責任について考察する場合、そもそも考察の主眼にあるのが刑事責任という規範的な問題である以上、それについての判断基準もまた、より包括的な規範理論から導かれるものであるべきではなからうか。この問題意識に基づき、DID 患者たる被告人の刑事責任について考察を行うのが Robert F. Schopp である。

Schopp は、主人格にのみ、または副人格にのみ注目する、もしくは各人格状態をそれぞれ別個の人間またはそれに類するものと見なすなど、人格状態を個別に取り出して考察する判断方法 (Schopp はこれを分子的アプローチ (molecular approach) と呼ぶ) を否定し、被告人の全体像からこの問題について考察する判断方法 (Schopp はこれを全体的アプローチ (molar approach) と呼ぶ) を主張する。そして、当該行為者が行為時において、全体として、自身の中の、自己の行為を法に従わせるように抑制的に機能するような部分にアクセスする事が可能であったか否かを基準として、この問題を判断すべきである、と主張し、これが不可能であった場合には刑事責任を否定する。以下、Schopp の議論をより詳細に見ていく。

Schopp はまず、人を、その信念・欲求・関心・原則・長期的な利益・責任等の包括的な一揃いによって構成されるところの同一性を有するものとして措定する。この同一性は、時間および状況を超えて拡がるものである。Schopp はこれを通時的・通事的同一性 (extended identity) と呼ぶ⁽⁶¹⁾。そして、このような同一性を有する通常人は、行為選択時点において、当座の欲求に従って行為した場合の結果を先述の通時的・通事的同一性の観点に照らして検討し、自己の行為を、より高次の利益を追求するため、もしくは不快な結果を避けるため、修正を加えつつ選び取るものである、と措定するのである。このように判断する事を Schopp は実践的理性的判断 (practical reasoning) と呼ぶ⁽⁶²⁾。

このように措定された人間像を前提として、Schopp は、刑法の第一義的な目的として刑罰による事前威嚇を措定する。その上で、実際に犯罪行為が行われた場合に科される刑罰に関してはこれを応報的なものと位置づけ、実践的理性的判断を行う能力を有しているにもかかわらず刑法に違反した者に対してのみ、応報としての刑事責任が問われる、とするのである⁽⁶³⁾。この前提に立脚しつつ、Schopp は次のように議論を展開する。すなわち、このように実践的理性的判断を行う能力を持つ者として刑事責任を問うためには、行為を選択する時点において行為者は、その行為を選択す

るならば、将来、行為を行うまさにその自分が応報としての刑罰を被る、ということを経験できなければならぬ、と。そのために行為者は、自己の行為の結果を不快なものとして認識するために必要な判断資料としての通時的・通事的同一性にアクセスできなければならない、とするのである。⁽⁶⁵⁾

その上で Schopp は、まず夢遊病や低血糖症のように、行為者の意識の支配が行為に及んでいないとされる場合について考察する。彼はこれらを「傷ついた意識 (impaired consciousness)」の場合、と呼ぶ。Schopp は、「このような場合に行為者が免責される根拠について考察し、行為者が「通時的・通事的同一性」にアクセス無しに行為する」故に、非自発性の抗弁によりその刑事責任を免責される、と結論づける。⁽⁶⁶⁾

次いで Schopp は、傷ついた意識の免責の理論を DID 患者たる被告人の刑事責任についての考察にも応用する。彼は各人格状態を、それぞれ人の意識の中のある側面と見なす。そして彼は、「発達 (過程) において認めることが非常に危険な、怒りや攻撃性、好色性もしくは他の受け入れる事のできない側面」を体現するものと定義し、個人の中のそのような側面をカプセル詰めにしたもの、と見なす。そして主人格は、ある人の中の、副人格としてカプセル詰めにはされていない比較的安全で従順で抑制的な残余の部分の部分を体現するもの、と見なす。⁽⁶⁶⁾ Schopp の理論は、各人格状態を DID 患者全体の中の特定の感情状態をカプセル詰めにしたものと見なす、という点で、無実の人格アプローチやグローバルアプローチを支持する他の論者と異なり、むしろ DID 患者の各人格状態を通常の人間も有するところの多面性の延長線上にあるものと見なす Saxe の理論に親近性を示す。しかし、Saxe がそこから即座に副人格が行った行為に関しても DID 患者たる被告人に全体として刑事責任を問う事ができるという結論を導くのに対し、Schopp の議論はそれら複数の感情状態を全体的に統御する存在として、実践的理性的判断を通して自己の行為を統御していく存在としての人間を措定する事により、Saxe の議論とは異なる展開を示す。

Schopp は、規範がその名宛人に服従を求める事ができるのは意識の中のどのメカニズムに働きかけることによるのか、という観点からさらに考察を進める。先述したように、Schopp は刑法の第一義的な目的を刑罰予告による事前威嚇に求める。この事前威嚇が有効に機能するためには、違法行為を行った場合、将来、刑罰という不快を自己が被る、ということが予想できなければならない。しかし、DID 患者たる被告人に関して、副人格が行為を行った場合、副人格は、将来刑罰を被ると予想されるのは自分以外の何者か、すなわち主人格である、と考えているのであり、自分が処罰されるとは予想していない。そのため、副人格によって代表されるところの DID 患者たる被告人は、予想される刑罰を判断の資料に入れた実践的理性的判断に基づいた行為選択を行うことができなかつた。それゆえ、たとえ副人格が自身の行為が違法なものであるということは認識していたとしても、行為時点において副人格によって支配されていたところの DID 患者たる被告人は、全体として見た場合、そもそも何故違法行為を避け適法行為を選択するかという根拠、すなわち刑罰という不快を避けるという動機づけを欠いているため、刑事責任を問うことができない、とするのである。⁶⁷⁾これに対し主人格が行った行為に関しては、実践的理性的判断の資料となるところの通時的・通事的同一性に対するアクセスを失ってはならず、将来自身が処罰されるということを認識しており、それゆえ行為時点において刑罰による威嚇が有効に機能しているが故に、完全な意識のコントロール下において行われた行為ではないにもかかわらず、行為者は実践的理性的判断を経た上で行為を行ったのであり、行為者に刑事責任を問うことができる、とするのである。⁶⁸⁾

(四) 小括

本章では、DID 患者たる被告人の刑事責任判断の方法につき、三つの判断方法のそれぞれを支持する見解の根拠づ

けに焦点を当てて概観してきた。これらを概括すると以下のようになる。まず、(一)無実の人格アプローチについて言えば、大別すれば①各人格状態はそれぞれ別個の人間である②各人格状態は全て一人の人の中の一部分である、という前提のどちらかに立脚したものである。この中で筆者が前者の立場を否定することは先述した。これに対し、後者の前提に立脚した場合、この見解は、各人格状態を一人の人の中の一部分と捉える点、およびたとえ行為時点に行為を統御していた人格状態が狭義の意味で責任能力を有していたとしても被告人の刑事責任を否定するという点でグローバルアプローチを支持する見解と近似性を持つものとなり、主人格が犯罪行為を行った場合においても被告人の刑事責任を否定するか否か、が決定的な差ということになる。では、無実の人格アプローチを支持する立場とグローバルアプローチを支持する立場を分ける分水嶺は何か。それは Sakis が述べるように「主人格の概念は恣意的なものであり、特定することができない」という⁽⁶⁹⁾、主人格に関する不可知論を認めるかどうか、である。筆者としては、この問題に関しては何よりもまず精神医学的知見を前提として議論すべきであると考え。であれば、主人格・副人格という概念が未だなお精神医学界において使われている現在、専門家ではない法律家がこれを積極的に否定するべきではないのではないか。個別事例において主人格・副人格の別を区別できるか否かはともかく、その概念および存在論的区別自体はあるものとして議論を行うべきである。第二に、どの人格状態が主人格か分からないから全ての人格状態に同等の権利が与えられるべきであり、それゆえ DID 患者たる被告人の刑事責任は否定されるべきであるとする見解は、結局のところ Mamer が指摘するように「一人の分かれた人の、人のようではない一部分を、なお、個別の人のような性質を未だ十分に保持しているものと見なす」⁽⁷⁰⁾ものである。これは各人格状態をそれぞれ一人の人の中の一部分と見なすという前提と矛盾するものではないか。以上の理由から、筆者は無実の人格アプローチを支持することはできないと結論する。

次いで、(二)個別人格アプローチと(三)グローバルアプローチの検討に移る。これまで概観してきたように、個別人格アプローチを支持する論者は、各人格状態がそれぞれ一人の人の中の一部分である、すなわち、複数の人格状態を有する場合であっても DID 患者たる被告人が身体的同一性を有する、ということから直接に「行為時の行為者の刑事責任を判断する」という原則により結論を導くのに対し、グローバルアプローチを支持する論者は、DID 患者たる被告人が身体的同一性を有する場合であっても、副人格の統御した行為を被告人自身の有責な行為とすることができるか、という点に疑問を差し挟み、考察するのである。後にあらためて考察するが、人格同一性の基準に関して、大別すると、身体を基準とするものと心理的要素を基準とするものがある。先の議論を換言すれば、個別人格アプローチを採用する論者は、帰責のために要求される人格同一性は身体を基準とする身体的同一性で足りると考えているのに対し、グローバルアプローチを支持する論者は、身体的同一性を当然の前提としつつ、帰責のためにはさらに心理的要素を基準として判断される心理的同一性も必要であると考えているのである。

では、DID 患者たる被告人の刑事責任を判断するにあたって必要とされる人格同一性の基準とは如何なるものか。この点を考察するにあたって、Schopp の「有責な行為者の理論は、有責な行為者を刑事有罪宣告および刑罰に服させることを正当化するところの、より包括的な規範的理論の構成要素としての行為者の概念を提供しなければならない」との指摘は注目に値する。問題となつているのが刑事責任判断という規範的な問題である以上、それを解決するための基準もまた、Schopp が指摘するように「有責な行為者を刑事有罪宣告および刑罰に服させるところを正当化するところの、より包括的な規範理論」、すなわち、刑罰の正当化根拠の理論と合致するものである必要があるのである。当該被告人を処罰することが許されるのは何故か、ということに関する理論からこそ、刑事責任判断において必要とされる人格同一性の基準は導かれるべきである。この前提に基づいて、次章では応報・一般予防・特別予防という刑

罰の正当化根拠に基づいて要求されるものの人格同一性の基準についてそれぞれ考察してゆく。

四・ 刑罰の正当化根拠と人格の同一性

(一) 人格同一性の基準

被告人に刑罰を科すために必要とされる人格同一性の基準とは如何なるものか、という問題に取り組む前に、本稿において扱う人格同一性とは何なのか、その議論の範囲を確認しておく必要がある。人格同一性の議論とは、そもそも John Locke によって提起された哲学的問題で、ある時点における人物 A1 と別の時点における人格 A2 が同一人物である、とするために必要とされる判断基準は如何なるものか、というものである。⁽⁷²⁾ Armstrong と Behnke の議論において見てきたように、人格同一性の基準に関しては、①身体基準説②心理的基準説の二つに大別することができ、この二つの分類の下に、様々な説が存在する。Armstrong と Behnke が挙げた基準の内、身体および脳を基準とする説は①に、それ以外のものは②に分類することができる。哲学の分野では、様々な仮設に基づく思考実験が行われており、精神と身体がそれぞれ独立した別個のものか、それとも同一のあるものの二つの現れに過ぎないのか、という、いわゆる心身問題とも関連して様々な議論が行われている。⁽⁷³⁾ しかし本稿においては、あくまで現時点において現実に生じうる場合に限って考察を行うこととする。この前提に基づくならば、人格同一性が問題となる場合とは、少なくとも身体的同一性が存在することが前提であり、その上で、それだけで足りるのか、それともさらに別の基準、すなわち心理的要素が基準として要求されるのか、という点が問題となる。個別人格アプローチを支持する論者は、先に指摘したように、身体という基準によって判断された基準のみで帰責にとつて十分である、とする。⁽⁷⁴⁾ これは換言すれば、行為

時の被告人と裁判時・受刑時の被告人の間に三人称的同一性が認められるならば、帰責が認められる、とすることである。これに対し、グローバルアプローチを支持する論者は、帰責のためには身体的同一性のみならず、心理的基準に基づく別種の同一性も必要である、と考えているのである。これは換言すれば、行為者自身が当該犯罪行為をまさに自身の行為として認識していない限り、したがって行為時の被告人と裁判時・受刑時の被告人の間に一人称的同一性が認められない限り、帰責は認められない、とすることである。では、三人称的同一性と一人称的同一性⁽¹⁵⁾のうち、帰責のために必要とされる同一性はいずれのものであろうか。

この問題に解答する前に、人格同一性とはそもそも如何なるものか、という点を考えておく必要がある。すなわち、人格同一性とは存在論的に存在しているものなのであろうか。もしそうであるならば、その人格同一性の基準は、文脈に依存することなく何時如何なる時にもア・プリオリに適用されるべき基準なのであろうか。ここでは紙幅の都合上、人格同一性の存在論的意義に立ち入ることは避け、現実世界において人格の同一性が何故必要とされるのか、という観点から考察を進める。その場合、人格の同一性とは、ある時点における人物A1と別の時点における人物A2が同一人物である、とするために考え出された、一種のラベリングと見なすことができる。何故なら、人間の身体は、細胞が入れ替わり新陳代謝が行われることにより常に変化し続けているのであり、物理的な意味においてはA1とA2は同一性を有しないからである。同様に人間の心も刻々と変化してゆくものであり、ある時点における人物A1の精神と別の時点における人物A2の精神が完全に同一である、ということとはあり得ない。それにも関わらず我々は社会生活を営むために、ある時点における人物A1と別の時点における人物A2が同一人物である、とみなす必要があるものであり、それ故にこそ、なにがしかの基準に基づいた「人格同一性」というラベリングが必要とされるのである。そして、ある人物に帰属する対象は、刑罰や財産、道徳的責任など、様々なものがある。したがって、人格同一性について考える

にあたっては、何時如何なる時にも適用可能な普遍的な基準について問うよりもむしろ、「使用される文脈によって目的相対的に規定される方がふさわしい」と言える。⁽⁷⁶⁾⁽⁷⁷⁾このように考えてくるならば、刑事責任について考察する際、問われるべきは存在論の意味における人格同一性それ自体ではなく、むしろ帰責という文脈における人格同一性の基準である、と結論することができる。ここで確認しておくべきは、「人格同一性」という言葉の定義である。筆者が用いている意味における「人格同一性」の有無とは、「同一人物であるか否か」という意味ではない。人格同一性を存在論的に存在するものとして捉え、その基準をア・プリオリに適用すべきである、と考えるならば、人格同一性の意義は「同一人物であるか否か」という点に終始し、そこから派生的に他の結論を導くべきである、ということになる。しかし、筆者のように人格同一性を合目的なラベリングという観点から捉える立場からすれば、人格同一性に関する考察において、「同一人物であるか否か」という点が重要なのではなく、むしろ、「この文脈における帰属のための条件としての人格同一性とは何か」という点が重要なのである。このような考え方からすれば、心身一元論もしくは心身二元論のどちらに立脚するか、ということとは問題とはならないことになる。

(二) 帰責の文脈における人格の同一性

人格同一性の基準は目的相対的に定められるべき、という前項で確認された前提に立脚するとして、次に考察すべきは、被告人に刑罰を科すために必要とされる同一性の基準である。この点については、Schopp の議論により得た示唆に基づき、刑罰の正当化根拠の議論に考察の土台を求めることとする。刑罰の正当化根拠の議論には、大別すると、刑罰を応報刑と捉える見解と目的刑と捉える見解が存在する。応報刑とはすなわち、過去に犯された犯罪のゆえに被告人に回顧的に刑罰を科すことである。これに対し目的刑とは、将来的な利益のゆえに被告人に刑罰を科すことであ

る。そして、目的刑と捉える見解はその内容に応じてさらに一般予防と特別予防に分類することができる。⁽⁸⁵⁾ 以下、被告人の処罰が正当化されるためには、すなわち刑罰の正当化根拠にとつて、如何なる人格同一性が要求されるのか、という点について考察してゆく。

(i) 応報

応報とはすなわち、過去の犯罪に対する報いと定義することができる。内藤謙は応報刑論を①刑罰を、過去の犯罪に対する道義的非難と見なす立場、②刑罰は、過去の動に対する反動に過ぎない、とする立場、の二つに分類する。⁽⁸⁶⁾ しかし、ここで注意すべき点として、内藤が指摘するように、②の立場の応報刑論は、過去の動に対する反動としての「応報」を経験的事実としているに留まるのであり、これを積極的に刑罰の正当化根拠としているのではない。それゆえ、刑罰の正当化根拠という視点から考察を行う本稿の立場から検討すべきは、①の立場において主張される意味における応報刑である。では、このように定義された応報刑論について、もう少し詳細に見てゆこう。

刑罰の正当化根拠として応報刑を主張する論者、たとえば団藤重光は、法を「内容的には「最小限度の倫理」：であ(る…括弧内筆者)」と定義し、⁽⁸¹⁾ 刑罰は「犯罪のゆえにその行為者に対して加えられる国家的非難であ」り、「非難の意味を持つ点で、本質的に規範的・倫理的なものである」とする。⁽⁸²⁾ これを受けて、内藤は「(このような…括弧内筆者) 応報刑論の核心は、道義的(倫理的) 応報刑論である」と概括する。⁽⁸³⁾ では、このような道義的・倫理的な非難としての応報刑とは、具体的にどのようなものか、そして、そのような応報刑としての刑罰の正当化根拠にとつて必要とされる人格の同一性は如何なるものか。この点について考察するために、同様に刑罰を「犯された責任に対する倫理的に必然的な解答 (Antwort)」と定義する Arthur Kaufmann の刑罰の正当化根拠の理論から考察することは有益で

ある。⁽⁸⁵⁾ Kauffmann は、以下のように議論を展開する。

Kauffmann は人間を、自分自身をも自己と対置し、客観的に把握することのできる存在として定義する。その上で、人間は本来的に他者との結合を必要とする社会的存在であり、人間は被造物である以上、人間には他律が必要であり、人間の自由は創造者によって与えられた存在の秩序、すなわち倫理法則の秩序に結びつけられる、とするのである。そして、この倫理法則の客観性から義務の概念が生まれ、この義務の概念が答責と責任の基礎となり、法的責任も倫理的責任として存在する、とする。⁽⁸⁶⁾ すなわち、「責任は倫理的責任としてしか、すなわち、周知の倫理的義務に対する自由な、自己答責的意思決定としてしか存在しない」とするのである。⁽⁸⁷⁾ その上で、人間は自己実現と自己完成を目指すものであり、自己の行為の目的に関して自由に決定をなし、それゆえに自己の決定について責任を負うものであり、その決定が倫理法則と異なる場合、すなわち倫理法則の具現化としての刑法規範に違反する行為を行う場合に、その意欲された倫理的過誤という責任に対する応答として、⁽⁸⁸⁾ 刑罰が科される、とする。⁽⁸⁹⁾

では、このように定義された応報刑にとって必要とされる同一性は如何なるものか。倫理的非難として把握される刑罰に関し、Kauffmann は次のように述べる。「刑罰を受けることができるのは、自己の行為に対して責任を負うことができ、かつ刑罰の意味を有責な悪業に対する当然の罪悪苦として精神的に理解することのできる本質存在だけである」と。⁽⁹¹⁾ これは本来的には、刑罰が人間だけに科されるものである、ということを言い表した表現ではある。しかし、ここで注目すべきは「刑罰の意味を…(自己の行為に対する…括弧内筆者) …当然の罪悪苦として精神的に理解することのできる」という表現である。刑事責任が過去の行為・責任に対し回顧的に問われるものである、というその本質に鑑みるならば、刑罰を科すためには、被告人が、当該行為が自己のものであり、過去において自分がその行為を行ったが故に当然の反作用として刑罰を科されるのだ、ということを理解できない限り、刑事責任を問うことはでき

ないのではないか。では、被告人が過去の行為・責任を自己の行為として把握するために要求される同一性とは如何なるものであろうか。それは一人称的同一性すなわち心理的同一性である。行為時の被告人と裁判時・受刑時の被告人の間に心理的同一性が存在するからこそ、被告人は過去の行為・責任を自分のものとして、そして刑罰を自己の行為に対する当然の結果として一人称的に、Shoemakerの言葉を借りるならば内側から (from the inside) 把握することができる。逆に、行為時の被告人と裁判時・受刑時の被告人が心理的同一性を有していないならば、裁判時・受刑時の被告人は当該刑罰を自己の行為・責任に対する当然の結果として、内側から認識することはできないのである。

ここまで考えてくることにより、刑罰の正当化根拠の内、応報にとって必要とされる人格同一性の基準は心理的同一性であることが理解できた。では、この心理的同一性とは具体的に何を指すのであろうか。応報としての刑罰の正当化のために必要とされるのは被告人が過去の行為・責任を自己の行為・責任として把握することであることを考えるならば、記憶こそが必要とされる人格同一性の基準である、という結論になる。何故なら、記憶が無いならば、当該行為・責任をまさに「自己の行為・責任」として把握し得ないからである。ただし、記憶は忘れられることもあり得るし、後になって再度想起することもあり得る、という点に注意する必要がある。したがって、より正確には、記憶そのものと言うよりむしろ記憶の可能性が応報にとって必要不可欠な人格同一性の基準である、というべきである。そして、これは通常の場合には当然の前提として認められるものである。それゆえ、記憶の可能性を基準とする人格の同一性は、被告人に刑罰を科すために常に証明されなければならないものではない。むしろ「(記憶の可能性を基準とした…括弧内筆者) 人格同一性は帰責を確定するために証明されるべきものとしてではなく、それが欠けていることが示された場合に免責を行うべき「言い訳」として我々の前に現れる」とされるべきものである⁽⁹⁾。

これまでの考察により、刑罰の正当化根拠の内、応報にとって必要な人格同一性は記憶の可能性を基準とする心理

的同一性であり、これは、その不存在が証明されたときに初めて免責の根拠となるものである、ということが理解できた。では次に、一般予防にとって必要とされる人格同一性の基準とは如何なるものか、という点に関する考察に移る。

(ii) 消極的一般予防

一般予防とは、社会における一般人を将来の犯罪から遠ざけることであるが、これはさらに、刑罰による威嚇をその内容とする消極的一般予防と、規範意識の覚醒・強化をその内容とする積極的一般予防に分かれる。ここではまず、消極的一般予防について考察する。

消極的一般予防とは、刑罰による威嚇により一般人を将来の犯罪から遠ざけることであるが、これはさらに、刑罰法規において刑罰を予告することにより全ての一般人を威嚇し犯罪から遠ざける機能、すなわち事前威嚇の機能と、被告人に対し刑を宣告し執行することによって被告人以外の人を威嚇し犯罪から遠ざける機能、すなわち見せしめの機能に分けることができる。前者の機能は行為前の段階において意味を持ち、その対象は、裁判時には犯罪行為を行ったことが前提になっている被告人を含む、全ての一般人である。そして、人格同一性の基準と関連して問題となるのは、刑罰による事前威嚇が有効に機能するために必要とされる人格同一性とは如何なるものか、という点である。

この点に関しては、Schopp の議論の中で既に論じられている。すなわち、Schopp は DID 患者たる被告人の中の副人格が、将来自分が刑罰を受けるということを予想していないが故に、行為選択時において刑罰予告による事前威嚇が全体としての行為者に対して有効に機能していなかった、と結論づけた。これは換言すれば、刑罰予告による事前

威嚇が有効に作用しているというためには、行為選択時において行為者は、今の自分と将来刑罰を被る自分が身体的にも心理的にも同一性を保っている、ということを用意できないならばならない、ということである。これが存在しない場合、予測される刑罰を「自己のもの」として一人称的に把握し、不快計算の資料とすることができないのである。

このように考えてくることにより、刑罰による事前威嚇が有効に機能するために必要とされる人格同一性とは、行為選択時の自己と将来の自己が身体的・心理的同一性を保っている、と予想できることである、ということが理解できる。そしてこれも、応報に関して要求される人格同一性の基準と同様、通常はその存在が当然とされるものであり、その不存在が証明された時に初めて、免責の根拠として考慮されるべきものである。

では次に、一般予防の内、見せしめの機能のために必要とされる人格同一性の基準について考察する。この機能のため、まず身体的同一性は前提として要求される。何故なら、見せしめの名宛人となるのは刑の被告者・受刑者を除く一般国民であるが、彼らは刑の宣告・執行を第三者的に観察し、違法行為を行うならばその結果として刑罰が、違法行為を行ったまにその者に対して科される、ということを理解する必要があるからである。その結果として一般国民は、刑罰という不快を避けるために違法行為を選択しないよう条件付けを与えられる。これに対し、心理的同一性かどうか。結論から言えばこれは必要がない。何故なら、人間は誰でも他人の心を直観することはできないからである。それゆえ、人間は誰でも他人の心理的同一性の存在を直観できない。したがって、見せしめの名宛人となる一般国民は、行為時点における行為者と刑の宣告時・受刑時における被告人・受刑者が心理的同一性を保っているか否か、ということを用意するに直接的に判断することはできないし、またする必要もないのである。一般国民はただ、行為者と身体的同一性を有するところの受刑者の処罰を第三者的に観察することにより、違法行為を行い違法な結果

を惹起するならば、同一性を有する将来の自分に対して刑罰が加えられる、ということを理解できればよいのである。

しかし、この結論に対しては、心理的同一性によって把握されない、したがって非難の可能性がない行為の結果を被告人Ⅱ受刑者に対して帰責するならば、その処罰は不当であると一般国民が感じて、刑法の一般予防効果は却って失われるのではないか、という反論が予想される。しかし、何故被告人Ⅱ受刑者の心理的同一性によって把握されない結果の帰責が不当だと一般国民が感じるのか、という点について考えてみる必要がある。一般国民がどのように感じるのか、被告人Ⅱ受刑者が当該行為を一人称的に把握し得ないが故に、応報的観点から帰責が不当である、と被告人Ⅱ受刑者が主張するのを第三者的に認識するが故に、不当だと感じるのである。これは一般予防的観点を越えた応報的観点からの心理的同一性の要求であり、刑罰の見せしめという一般予防的機能に基づく限りにおいては、心理的同一性の必要性を直接に導き出すことは不可能である。

では、刑罰の見せしめの機能に関する考察において、応報的観点を持ち出すこと自体の当否はどうか。この点に関しては、一般国民が被告人Ⅱ受刑者の心理的同一性を一人称的に直観し、帰責を不当だと一人称的に感じることは不可能である、ということ为前提とする必要がある。この前提に立脚して考察するならば、一般国民が被告人Ⅱ受刑者に対する帰責が不当だと感じ、結果、刑罰の一般予防効果が失われるか否かは、一般国民が被告人Ⅱ受刑者の主張を信じるか否か、という甚だしく不安定な土台の上に立脚せざるを得ない、ということが理解できる。それゆえ、応報的観点を加味しないならば一般予防効果は失われるとも失われなくても断言することはできないのである。このような不安定な事情を基に議論を行うことは不当であり、結論として、刑罰の見せしめの機能に関する考察において応報的観点を持ち出すことは不適当である、と言わざるを得ない。

以上の考察により、刑罰の消極的一般予防機能に関して、事前威嚇の局面においては、将来の自分との間の身体的・心理的同一性の存在の予想の存在が必要であり、見せしめの局面においては、身体的同一性の存在のみでよい、ということが理解できた。しかし、ここで一つ注意すべき点がある。刑罰の事前威嚇の機能は本当に当該行為者を処罰する根拠となり得るのであろうか。すなわち、刑罰の消極的一般予防機能に議論を限定する限り、刑罰の事前威嚇機能というのは、あくまで国家の刑罰権の所有の正当化根拠に留まるのであり、当該行為者の処罰の正当化根拠という問題とは次元を異にするのではないか。⁽⁹³⁾ 当該行為者を処罰することは刑罰の見せしめの機能からしか正当化され得ないのでないか。このように考察を進め、事前威嚇は当該行為者の処罰の正当化根拠とは無関係である、ということとを前提とするならば、刑罰の消極的一般予防機能に關し、本稿の問題意識である、当該行為者を処罰することが正当化されるか否かという観点から必要とされる人格同一性の基準とは、すなわち刑罰の見せしめ機能において必要とされる人格同一性の基準のことであり、その内容とはすなわち身体的同一性の存在のみである、という結論になるとも考えられるのである。

続いて、積極的一般予防に關連して必要とされる人格同一性について考察する。

(iii) 積極的一般予防

積極的一般予防とは、犯罪行為によって動揺させられた国民の間における規範への信頼を回復するために刑罰を科すこと⁽⁹⁴⁾である。積極的一般予防の見解を、行為者の負担において国民の間の規範の動揺を鎮める、と捉える限りにおいては、行為者と被告人・受刑者の間に、少なくとも身体的同一性は要求される。問題はそれ以上の同一性、すなわち心理的同一性が要求されるか否か、である。積極的一般予防論においては、行為者が有責であるか否か、換言すれ

ば、行為者に刑を科すことが正当化されるか否かは、行為者の行為が規範への信頼を動揺させたか否か、換言すれば、他者が当該行為を模倣する可能性があるか否か、ということにかかっている。であれば、行為者の有責性を判断する基準はあくまで外部からの第三者的視点、ということになり、行為者の心理的事情は直接的には無関係である、ということになる。⁽⁹⁵⁾ こう考えてくるならば、積極的一般予防の観点から要求される人格同一性の基準は、第三者的観点から判断可能な同一性、すなわち身体的同一性のみで十分であり、それ以上の心理的同一性は必要ない、という結論になる。

ただし、これには異論もあり得る。すなわち、心理的同一性がない、つまり非難可能性がないのに刑罰を科すならば、社会の側からの規範に対する信頼は失われようから、積極的一般予防論においても応報的視点を入れた考察をすべきである、とも考えられるのである。⁽⁹⁶⁾ この点に関しても、消極的一般予防で行ったのと同じ考察が当て嵌まる。すなわち、まず第一に、心理的事情を考慮すべき、という主張自体が応報的観点から出たものであり、積極的一般予防論自体からは出てこない、という点、その上で、応報的観点を採用入れることの可否につき、積極的一般予防効果があるかどうかは、一般国民が被告人に受刑者の主張を信じるか否か、という不安定な事情に左右されるものであり、その直接的な必要性を積極的に肯定することはできない、という点である。さらに、Michael Pawlick は、積極的一般予防論が応報的観点を採り入れること自体が論理矛盾である、と指摘する。⁽⁹⁷⁾ それゆえ、積極的一般予防論の観点から要求される同一性は身体的同一性のみである、と結論づけられる。

しかし、ここで Pawlick が積極的一般予防論を、刑罰の法社会学的分析としてはともかく、刑罰の正当化理論として不十分である、と評価することを指摘しておく必要がある。⁽⁹⁸⁾ この見解を突き詰めるならば、刑罰の正当化根拠の理論から考察を行っている本稿に関しては、積極的一般予防論自体が無関係である、という結論になることも考えられ

るのである。では次に、刑罰の特別予防的機能において要求される人格同一性の基準について考察する。

(iv) 特別予防

刑罰の特別予防的機能には、第一に刑の執行を通じて受刑者を社会から隔離し、一時的ないし永久的に再犯の可能性を失わせる隔離の機能、および第二に、刑の宣告および執行を通じて被告人⇨受刑者の規範意識を覚醒させ、将来再び犯行に陥らないようにする教育・改善の機能がある。これらの機能に関連してそれぞれ必要とされる同一性の基準について、以下考察する。

まず、隔離の機能に関して必要とされる同一性は如何なるものか。これは身体的同一性である。すなわち、隔離機能の目的とは、危険な犯罪者から社会を防衛することであり、そのための手段は、犯罪を犯すことによつてその中に犯罪的傾向を有することを明らかにしたその者を社会から物理的に隔離することである。そしてその目的に資するために必要な同一性とは、まさにこの者の身体という物体の中に犯罪的傾向が存在する、というだけで十分だからである。

これに対し、教育・改善のために必要とされる同一性の基準に関しては異なつた考察が必要である。特別予防とは、犯罪者に教育・改善刑としての刑罰を加える事により、犯罪者が自身を改善するようし向けることがその目的であるが、そのためにはまず、受刑者が当該行為・責任を自己のものとして認識している事が必要である。前田雅英は刑罰の特別予防的側面のためにも非難の観点が必要である事に関して「非難の観点を抜きに処罰すると、特別予防の面から見ても効果に問題が生ずる。行為者が非難に値しないのに処罰された場合、「不運の故に罰せられた」と思うに過ぎないからである」⁽⁹⁾と述べる。心理的同一性にも同じ事が言える。すなわち、行為主体と受刑主体が心理的同一性を

有していない場合、受刑主体は当該行為・責任を自己のものとして把握していないが故に、何故に自分が処罰されているのか理解できず、「不運の故に罰せられた」と思うのみであり、刑罰によって自己を改善しよう動機づけることが不可能だからである。⁽¹⁰⁾では、この場合に必要とされる心理的同一性とは如何なるものか。これには応報に関する考察においてなされた議論がそのまま当て嵌まる。応報においても、非難のためには、被告人Ⅱ受刑者における記憶の可能性が必要であった。同様に教育・改善の前提として非難の観点が必要である以上、被告人Ⅱ受刑者には当該行為・責任を自己のものとして把握するための記憶の可能性が必要なのである。そしてまた、応報に関する議論で明らかになったように、この記憶の可能性はその不存在が証明されたときに免責の根拠となるものである。

(三) 小括——DID 患者たる被告人の刑事責任判断——

以上の考察から、帰責の文脈における同一性の基準に関して、刑罰の正当化根拠という観点に照らして、以下のことを理解することができた。すなわち、一般予防の見せしめの機能と積極的一般予防機能および特別予防の隔離機能の観点から必要とされるのは、行為時の行為者と裁判時・受刑時の被告人の身体的同一性であること。応報の観点および特別予防のうちの教育・改善機能の観点からは、行為時の行為者と裁判時・受刑時の被告人Ⅱ受刑者の身体的同一性に加えて心理的同一性が要求されること、そしてその心理的同一性の基準となるのは記憶であり、それは絶対に証明されるべき必要条件と言うよりむしろ、その不存在が証明されたときに初めて免責の根拠となるものである、ということ。最後に、一般予防の事前威嚇機能の観点から必要とされるのは、行為時において行為者Ⅱ被告人が、将来の自分と現在の自分が身体的および心理的同一性の両方を有している、と予想できること、そしてこれも、その不存在が証明されたときに初めて免責の根拠となるものである、ということ、である。これらの分析から、DID 患者たる

被告人の刑事責任判断に関して、如何なる結論を得ることができるであろうか。先に見たように、個別人格アプローチを採る論者は、刑事帰責に関し、行為時の被告人と裁判時・受刑時の被告人の間に身体的同一性のみが存在していればよい、と考えていたのに対し、グローバル・アプローチを採用する論者は、行為時の被告人と裁判時・受刑時の被告人の間には身体的・心理的同一性の両方が存在していることが帰責のために必要である、と考えていた。したがって、先の分析に従えば、個別人格アプローチを採る論者は、副人格が行った行為に関する DID 患者たる被告人の処罰を、刑罰の一般予防の見せしめの機能の観点と積極的一般予防機能および特別予防の隔離的機能の観点からのみ、正当化するのである。これに対し、グローバル・アプローチを採用する論者は、応報の観点、一般予防の事前威嚇機能および特別予防の改善・教育の機能の観点から、副人格が行った行為に関して、DID 患者たる被告人を全体として処罰することを否定するのである。ここまで考えてくるならば、DID 患者たる被告人の刑事責任判断に関して判断の決め手となるのは、刑罰の正当化根拠を何に求めるか、という点であるということが理解できる。では、如何なる根拠を持って、DID 患者たる被告人の処罰を正当化し、または拒否すべきなのか。

ここで注目すべきは、個別人格アプローチが立脚するところの刑罰の一般予防の見せしめの機能と積極的一般予防機能および特別予防の隔離機能が共に社会の利益のみをその目的としており、被告人の処罰はその目的に資するための手段となっている、という点である。このような見解は、被告人を手段化している、という周知の批判を免れ得ないであろう。このような機能が存在することだけを根拠として、当該被告人を処罰することを正当化することは許されないと言ふべきである。たしかに、刑罰には応報としての側面以外にも一般予防機能・特別予防機能をも有していることは否定できない。しかし、人間はすべからずそれ自体目的とされるべきであり、手段としてのみ扱うことは許されない、ということを考えるならば、刑罰は第一義的に応報として正当化されるべきであり、一般予防的機能や特

別予防的機能はその限度でのみ、副次的機能として追求されるべきである、ということが理解できる。であれば、被告人を処罰することによって被告人を手段としてのみ扱う個人人格アプローチは否定されるべきであり、通常被告人と見なされるところの主人格が裁判時・受刑時において当該行為・責任を自己のものとして把握しうるか、という観点から判断するグローバル・アプローチこそが、刑罰は第一義的に応報として正当化されるべきである、という刑罰の本質に適うものなのである。⁽¹⁰⁾

五・ 結語

本稿は、DID 患者たる被告人の刑事責任判断につき、その根拠づけに焦点を当てて概観し、結論として DID 患者たる被告人の刑事責任を判断するためには、刑事責任判断の規範的な根拠、すなわち刑罰の正当化根拠の理論にまで遡って考察すべきことを明らかにした。⁽¹¹⁾ Armstrong と Behnke が指摘するように、DID の独特な症状は、伝統的な責任能力の判断方法の外に存在するものであり、伝統的に刑事責任能力が肯定されてきた、もしくは否定されてきた事例との比較のみによって答えの出る問題ではない。刑事責任能力が問題となる通常の事例においては、行為時の行為者と裁判時・受刑時の被告人・受刑者が同一性を有する事が当然の前提とされているのに対し、DID 患者たる被告人の刑事責任判断の場合には、この同一性の存在の有無がまさに問題となるのである。

しかし、本稿において前提とした、人格同一性の概念を合目的なラベリングと捉え、人格同一性を文脈に沿って判断したその考察方法自体がそもそも正当なものか、という問題がなお残る。この点については本稿で扱う範囲を超えて。今後の課題としたい。

さらに、本稿では DID 患者たる被告人の刑事責任について考察する上で、典型的事例のみを主眼としてきた。DID 患者たる被告人の刑事責任の判断方法として挙げた三つの方法は、基本的には典型的な事例について判断するための方法である。けれども、「一、はじめに」で述べたように、DID には様々なバリエーションがあり、これらの付随的な問題点について考察する事も不可欠である。実際、第二章で取り上げた神戸地判平成一六年七月二八日の事例は、主人格が当該行為に関する意思決定をなした、という、本稿で主として扱ってきた典型的事例の枠の外にある事例であった。しかし、これらについて考察するためにも、そもそもの根本問題に遡って考察することが不可欠であるし、逆に言えば、先述の問題提起について解答するならば、その応用として、付随的問題についても解答する事が可能になると考えられる。また、第二章や前掲注(6)で見たように、我が国においても、DID 患者たる被告人の刑事責任の關係する裁判例が複数出ており、今後増加してゆく事が予想される。このような状況に対処するためにも、この問題に関する議論をさらに深めてゆく事が急務である。この議論の方向性の確認を持って今後の問題意識および研究課題とし、ひとまず本稿を閉じることにした。

- (53) Stephen S. Marnier, A theory of command and control: A reply to Elyn Saks, *Southern California Interdisciplinary Law Journal* Vol. 10, Issue2, Spring 2001, at 267-275.
- (54) Marnier, *supra* note (53), at 268.
- (55) Marnier, *supra* note (53), at 272.
- (56) Marnier, *supra* note (53), at 269.
- (57) Marnier, *supra* note (53), at 270.
- (58) Marnier, *supra* note (53), at 273.

- (59) *Manner, supra note (53)*, at 273.
- (60) *Robert F. Schopp, Multiple Personality Disorder, Accountable Agency, and Criminal Acts, Southern California Interdisciplinary Law Journal Vol. 10, Issue 2, Spring 2001*, at 297-334.
- (61) *Schopp, supra note (60)*, at 308.
- (62) *Schopp, supra note (60)*, at 318-320.
- (63) *Schopp, supra note (60)*, at 320-321.
- (64) *Schopp, supra note (60)*, at 310, 322-324.
- (65) Schopp の議論は、 DID 患者たる被告人の刑事責任について考察するにあたり、精神異常の抗弁 (insanity defense) ではなく非自発性 (involuntary act) を免責の根拠とするところに特徴がある。英米法における非自発性の議論を日本における議論のどこに位置づけるかは本稿で扱う範囲を超える。本稿ではこの問題は責任能力の問題である、との前提の下に議論を進める、と述べるに留める。
- (66) *Schopp, supra note (60)*, at 315-316.
- (67) *Schopp, supra note (60)*, at 312-313.
- (68) *Schopp, supra note (60)*, at 315.
- (69) *Saks, supra note (14)*, at 197-198.
- (70) *Manner, supra note (53)*, at 272.
- (71) *Schopp, supra note (60)*, at 317.
- (72) この問題については様々な文献が存在するが、ここでは議論を概括的に解説したものとして北村実「人格の同一性とは？」ファイロソフィア九一号 (二〇〇三) 一頁以下を挙げておく。
- (73) 本稿で取り上げたアメリカの議論のうち、Armstrong と Behnke および Manner はそれぞれ、精神と身体を切り離し得ないものとして心身二元論の立場に立ち、これを明言する (*Armstrong & Behnke, supra note (41)*, at 286; *Manner, supra note (53)*, at 288)。他方 Saks は、人であること (personhood) を判断する上で心理的基準に立脚した議論も展開する。これは心身二元論に親和性を示しているものである、と見なすことができる。心身問題を論じた文献として、市川浩『精神としての身体』(一九七五・勁草書房)を挙げておく。また、*Sydney Shoemaker & Richard Swinburn, Personal Identity, Great Debate in Philosophy*, Basil Blackwell, 1984 (邦訳：S. シューメーカー

- カー・R・スウィンバーン (寺中平治訳) 『人格の同一性』(一九八六・産業図書) では、心身一元論を支持する Shoemaker および心身二元論を支持する Swinburn という二人の哲学者がそれぞれの立場から人格同一性について考察し、紙上討論を行っている。
- (74) たしかに、個別人格アプローチを支持する Armstrong と Bahke は、同一性の基準として脳の他に記憶の同一性も要求する。しかし、彼らは記憶の数的同一性は同一性の十分条件であり必要条件ではない、とするのであり、実質的には脳を同一性判断の基準としている、ということができる。
- (75) 「三人称的同一性」および「一人称的同一性」という用語に関しては、一ノ瀬正樹『人格知識論の生成 ジョン・ロックの瞬間』(一九九七・東京大学出版会)、および佐々木拓「帰責の観点から眺める人格同一性 ジョン・ロックの人格同一性論を巡る諸問題」倫理学年報五三集(二〇〇四) 一一頁以下を参考にした。これらの中で彼らは、筆者の用語によるところの「一人称的同一性」に關しては「自分で自らの人格同一性についての判断を決定できる(一ノ瀬・六八頁)ものとして、「三人称的同一性」に關しては、「(人格同一性が・括弧内筆者) 裁判員や陪審員などの側の三人称的次元で確立される(一ノ瀬・六九頁)ものとする。換言すれば、同一性の有無について判断するのが自分の内的視点からなのか、それとも第三者による外的視点からなのか、という点が「一人称的」同一性と「三人称的」同一性の決定的な差、ということである。
- (76) 佐々木・前掲注(75) 一一頁。哲学者の佐々木はこの論文において、人格および同一性は目的相対的に規定されるべき、との問題意識に基づき、帰責の観点から Locke の人格同一性論を把握する考察を行っている。
- (77) 川口浩一も、人格の同一性を文脈に従って異なった基準に基づいて判断すべき、との問題意識の下に議論を展開する (Hirokazu Kawaguchi, Zur Problematik der personalen Identität im Strafrecht-Eine Einführung, Menschengerichtes Strafrecht; Festschrift Für Albin Eser zum 70. Geburtstag, Verlag C. H. Beck München 2005, S. 139ff.)。川口は、刑法の文脈において、行為者・犠牲者・同意主体の三つの同一性をそれぞれ別個のものとして考えるべきである、と主張し、行為者としての DID 患者たる被告人に關しては「意識の連続性を失っている場合、もはや帰責し得ない」とする。
- (78) 大谷實『新版刑法講義総論』(二〇〇〇・成文堂) 四一頁以下、前田雅英『刑法総論講義・第三版』(一九九八・東京大学出版会) 二九頁以下、西田典之『刑法総論』(二〇〇六・弘文堂) 一四頁以下、等。
- (79) 内藤謙『刑法講義総論(上)』(一九八三・有斐閣) 一一〇—一一三頁。
- (80) 内藤・前掲注(79) 一一二頁。

- (81) 団藤重光『刑法綱要総論・第三版』(一九九〇・創文社)三八頁。
- (82) 団藤・前掲注(81)四六八頁。
- (83) 内藤・前掲注(79)一一二頁。
- (84) *Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung. 2. Aufl. 1976, S. 206.* (邦訳:アルトゥール・カウフマン(甲斐克典訳)『責任原理 刑法的・哲学的研究』(二〇〇〇・九州大学出版会)二八四頁)。以下、Kaufmannの主張を、本書に則って紹介する。Kaufmannの理論を要約したものととして、甲斐克典「責任原理の基礎づけと意義 アルトゥール・カウフマン『責任原理』を中心として」内田博文・鯉越溢弘編『市民社会と刑事法の交錯 横山晃一郎先生追悼論文集』(一九九七・成文堂)七九頁以下〔同著「責任原理と過失犯論」(二〇〇五・成文堂)一頁以下〕を参照。
- (85) ここで、Kaufmann自身は、自身の刑罰理論を、単なる応報刑とは異なる、責任刑と呼称する、という点を指摘しておく必要がある。Kaufmannは「応報は行為に対してなされるものであり、自身の刑罰理論における刑罰は責任に対して科されるものである」と定義する(Kaufmann, a. a. O. (Ann. 84), SS. 271-276; 邦訳・四二八―四三五頁)。そして「この責任刑として定義される刑罰は「その本質存在上、有責行為に対する当然の応答であり、同時にそれ自体、有責者が罪を清めるための手段なのである」(Kaufmann, a. a. O. (Ann. 84), S. 207; 邦訳・二八六頁)とし、それが贖罪および再社会化に役立つ、という意味で、刑事政策的機能も有している」とするのである(Kaufmann, a. a. O. (Ann. 84), SS. 271-276; 邦訳・四二八―四三五頁)。しかし、刑罰を過去の犯罪に対する道義的非難と見なす応報刑論も、刑罰を道義的責任に対して科されるものである、とする点で、刑罰の正当化根拠として、単なる行為に対する反動を超えた責任概念を要求するものであり、また、刑罰が特別予防的機能を有することを決して否定はしないのである(内藤は、刑罰を贖罪刑とする応報刑論について指摘する(内藤・前掲注(79)一一二頁)。筆者は、Kaufmannの刑罰理論も、本人自身の呼称に関わらず、過去の行為・責任を根拠として刑罰を正当化する、という意味で応報刑の一バリエーションと見ることができると考える。
- (86) Kaufmann, a. a. O. (Ann. 84), S. 102; 邦訳・前掲注(84)一四二頁。
- (87) Kaufmann, a. a. O. (Ann. 84), S. 122; 邦訳・前掲注(84)一八三頁。
- (88) Kaufmann, a. a. O. (Ann. 84), S. 128; 邦訳・前掲注(84)一九〇頁。
- (89) Kaufmann, a. a. O. (Ann. 84), S. 129; 邦訳・前掲注(84)一九一頁。

- (90) Kaufmann, a. a. O. (Ann. 84), S. 208. 邦訳・前掲注(84)二八七頁。
- (91) Kaufmann, a. a. O. (Ann. 84), S. 116. 邦訳・前掲注(84)一七五頁。
- (92) 佐々木・前掲注(75)一一一頁。
- (93) Schopp が、実際に犯罪行為が行われた場合に科される刑罰に関して応報的なものとするのも、この趣旨であると考えられる (Schopp, *supra* note (60), at 319-320)。このような考え方は、国家制度としての刑罰制度の正当化と特定の個人の処罰の正当化を区別する考え方であるということができるが、我が国においては、佐伯仁志がこのような見解を採ることを明らかにしている (佐伯仁志「刑法の基礎理論」法学教室二八三号(二〇〇四)四五一-四六頁)。
- (94) 安田拓人『刑事責任能力の本質とその判断』(二〇〇六・弘文堂)九頁。安田はこの著書において、積極的一般予防論と責任(能力)の関係についてまとめているが、これは刑事責任をキーワードとして、筆者の問題意識と共通するものである。以下、この著書における見解に立脚して、積極的一般予防と人格同一性の問題について考察する。
- (95) これに関して、安田は「積極的一般予防論に基づく責任(能力)論は、行為者の心理的事実としての他行為可能性という概念は不要だと(する)括弧内筆者」と概括する(安田・前掲注(94)一一頁)。
- (96) 安田は積極的一般予防論と非難の関係に関して、「積極的一般予防が成り立つためには、社会一般の側からみて、(心理的事実としての)括弧内筆者」他行為可能性がある者に対して責任を帰することが前提となるのではないか:当該行為が回避できないのに刑罰を科すならば、社会の側からする規範に対する信頼は失われようから、積極的一般予防論によっても、(心理的事実としての)括弧内筆者」他行為可能性の問題を避けて通ることは困難ではないか」との疑問を呈する(安田・前掲注(94)一二頁)が、これは心理的同一性にもそのまま当て嵌まる議論である。ただし、安田自身はこのように主張して、応報的観点を入れた積極的一般予防論を積極的に支持するわけではない。
- (97) Michael Pawlik, *Person, Subjekt, Bürger*, S. 35 f.: Pawlik はまず積極的一般予防を、刑法により市民をして毎日の生活における習慣を通じて規範服従的な態度を学び取ることを志向するものである、と定義づける。そして、積極的一般予防論者の観点からすれば、刑罰は刑法のこの目的に寄与し、社会の統合に役立つが故に正当化される、とする。この場合、法システムにおける刑罰およびその前提が一般市民の持つ規範意識と一致する場合に最もよく効果を発揮する。そのため、市民が刑罰の応報的根拠づけを強く好むが故に、積極的一般予防においても、応報原理に基づいた刑罰こそが、社会に対する最善の統合効果を発揮しうる、ということになる。しか

し、そもそも応報は、一般予防論者の理論的出発点の観点からすれば非合理的なものではないか。したがって、結論として Pawlik は、積極的一般予防を刑罰の正当化根拠と見なす論者が応報的観点を採り入れることは、効率のために自分が非理性的であると考えている概念を採り入れることである、と非難する。

(98) Pawlik, a. O. (Ann. 97), S. 43.

(99) 前田・前掲注 (78) 三六頁。

(100) この点に関しては、刑罰の一般予防的機能のところで行った議論との比較においてさらなる考察が必要である。すなわち、刑罰の一般予防的機能においては、刑罰の応報的観点を考慮しなくて良いのに、教育・改善機能に関してはそのみを考慮する必要があるのは何故か、という点である。ここで再度確認しておくべき前提は、刑罰の見せしめ機能や積極的一般予防機能における名宛人は被告人を除く一般市民であり、彼らは非難の前提となる被告人≡受刑者の心理的同一性の有無を一人称的に直観することはできず、間接的に判断することしかできない、ということである。結果、積極的にせよ消極的にせよ、刑罰の一般予防的機能自体から心理的同一性の必要性を直接に導くことはできない。これに対し、刑罰の教育・改善機能においては、その名宛人は被告人≡受刑者であり、名宛人は自身が心理的同一性を有しているか否かをまさに一人称的に直観することができる。したがって、身体的同一性のみならず心理的同一性も必要とされるのである。

(101) 団藤・前掲注 (81) 三九頁。Kaufmann, a. O. (Ann. 84), S. 206. 邦訳・前掲注 (84) 二八四頁。

(102) 何度も強調するように、この結論は「被告人が当該犯罪行為を覚えていないならば処罰できない」ということと必ずしも同義ではない。記憶は再度想起することも可能である。記憶そのものではなく記憶の可能性を帰責のために要求される同一性の基準とする本稿の立場からすれば、被告人が本質的に当該行為・責任に関する記憶を有し得ない場合にのみ帰責が否定されるのであり、DID 患者たる被告人の刑事責任判断の場合、主人格が副人格の行為を本来的に想起し得ないが故に、DID 患者たる被告人は全体として刑事責任を否定されるべきである、という結論になるのである。

(103) Armstrong & Behnke, *supra* note (41), at 277.