

刑事責任能力に関する訴訟法的課題

塩 盛 俊 明

一．はじめに

刑事責任能力は、主に、実体刑法における課題、すなわち責任要件の内容として議論されているが、それが認定される手続上の場面における問題もまた存在しているところである。^① 民事法における権利義務の実現と異なり、刑事実体法の内容は、刑事裁判という手続を経由しないでは現実化できない以上、実体法上Aに対し「刑事責任能力がある」とか「刑事責任能力がない」とか言ってみても、それはまだ問題の半分を語っていることに過ぎない。^② 刑事裁判におけるA被告人の刑事責任能力の存否は、鑑定制度等刑事訴訟法上の制度を通じて、はじめて具体的に存在することになる。そうであるとすれば、犯罪の法効果としての具体的刑罰権の存否及びその範囲を認定するための刑事手続制度は、翻って刑事実体法の構造に影響を与え、少なくとも実体刑法の側からする演繹的解釈論に対して一定の制限的作用を持つことができるであろう。^③ 前回の拙稿ではそのような問題意識から、実体法上の課題である刑事責任能力の体系的位置づけについて論じたものであったが、本稿では、逆に訴訟法上の課題として意識しながら、この問題に関する未熟な試論を展開してみたい。関連する諸問題が存在することも承知しているが、焦点が拡散することを恐れ、あまり論じられていない点について主に検討する。^④

(1) 典型的には鑑定制度(刑事訴訟法一六五条等)に関連するが、その他の問題も存在する。拙稿「刑事責任能力の体系的位置づけ」広島法学第三十二卷第三号(二〇〇九)は、主にこの観点から責任要件における責任能力の体系的な位置づけを試みたものであるが、なお説明不十分な部分もあり、その点も踏まえながら本稿ではその他の問題について考察する。

(2) 勿論、だからといって実体刑法の解釈論に実益がないということにはならないし、実定法上も、刑の免除等の場合には、刑罰権の實現に至らない犯罪論独自のレゾンデートルを認めることが出来るのである。更に、実定刑法を超えた理論研究から将来の手続が指導されるということもありえるであろう。例えば、わが国の実定法が統一的正犯体系を採用していないからといって、現実の犯罪処理の状況等をみれば、その研究の重要性は明らかである。

(3) バッカーの適正手続モデルにいう障害物競走の思考と本稿の問題意識は共通するものであるが、本稿では、実体法と手続法の関係における、より前提的且つ構造的な点に重心がおかれている。

(4) 刑事手続と鑑定については、浅田和茂『科学捜査と刑事鑑定』(有斐閣、一九九四)等参照。

二. 刑事訴訟の基礎理論と精神鑑定

わが国における現在の精神鑑定の實務は、捜査段階であれ公判段階であれ、問疑された事実に対して、鑑定人が、その行為を被疑者・被告人の行為と措定した上で、その当該行為に対する刑事責任能力の有無ないし程度を判断している。⁽⁵⁾これは、実体法上は、行為責任の原則に適うものでもあり、一応妥当なものと考えられている。⁽⁶⁾

ところで、訴因として構成された事實は、検察官の主張であり、それは、審理の中で、裁判官及び裁判員の実体形成を通じて認定される。従って、問疑されている事實は、確定以前は、未だ被告人の所為によるものか否か認定されておらず、本来は、審理中に、その事実の存在を念頭に置いた上で、更にその事実と被告人とを結びつけて何かを考

えることはできないはずである。もちろん、心証形成そのものは自由であるから、裁判官及び裁判員については、有罪心証を形成すること自体を妨げることはできない。しかし、特別の知識経験を有する者に公正に法則や事実の判断を行わせる鑑定制度において、鑑定人は、訴訟の進行に応じて動的に実体形成を行うわけではなく、ある法則や事実に対して静的で客観的な判断を期待されている者であるはずである。これから認定すべき罪体を所与の事実として、鑑定の判断枠組みの中に先取りして措置することになれば、裁判官・裁判員の行う罪体の存在及びこれと被告人との結びつきに対する判断に大きなバイアスを生ぜしめることとなり、実質的に「疑わしいときは被告人の利益に判断すべし」との原則に悖る可能性がある。

この点、有力説は、鑑定人の心証形成を所与の前提としつつ、問診等の過程で被疑者が犯人ではないと考えるに至った場合には、鑑定を中止し、捜査官にその旨を通知すべきであるとしている。⁷⁾しかし、捜査段階における嫌疑形成自体は本来鑑定受託者の役割ではないから、捜査機関の嫌疑が存在する以上、犯人との同一性に疑義が生じた場合でも、鑑定受託者の心証形成いかに拘わらず鑑定自体は行われるべきであると思われる。たしかに、鑑定におけるプライバシー侵害に対しては十分な顧慮が必要であるが、鑑定人（鑑定受託者）の役割は、嫌疑形成を行って判断者（裁判官・裁判員）に対し訴訟課題を提供する捜査官及び訴追官の職責と同一ではない。なお、所論は捜査段階における囑託鑑定に対するものであるが、公判段階における鑑定ではそもそも鑑定中止はできないであろうから、その論理に従えば、鑑定意見の内容において同一性の疑義を示すことになるものと思われるが、⁸⁾ここでも鑑定人の心証形成は、訴訟の本案に対する実体形成とはその性質上切り離されているはずで、訴訟構造上判断者としての地位にある裁判官及び裁判員の実体形成過程に合流させて鑑定人の心証形成を論じることができないはずである。鑑定人の訴訟法的地位は裁判官と同一ではないのである。むしろ鑑定は、裁判官・裁判員の自由心証主義に対する合理的かつ客観

的なコントロール手段であり、本案に対する判断者とは別の視角から、限られたテーマについて専門的判断を行うところはその意義が存在するといつてよい。

このように考えると、当該行為と結びつけて被告人の責任能力を判断する現在の精神鑑定的手法ないし前提は、実体的には行為責任主義から問題がないとしても、実は被告人の犯行を前提とした判断構造になっており、手続法上は、プロレオ原則から大きな疑問が生じる。もともと、実務上は、罪体立証がなされ、心証形成がある程度固まった段階で、阻却事由の判断資料として精神鑑定が行われることが多いであろうが、それはあくまで裁判官ないし裁判員の心証形成の問題であって、鑑定人が裁判官等の実体形成を前提に鑑定を行うとするのは、鑑定制度に期待された、公正で専門的且つ客観的な判断提供の趣旨を没却することになりかねず、やはり正当化できないだろう。

そうであるとすれば、精神鑑定は、行為者属性としての責任能力判断を、訴追対象となつている行為とは離れて、一般的に判断すべきものとして構成するのが合理的である。そして、ここにいう一般的な刑事責任能力の判断は、行為責任の原則から、実体刑法上の責任内容そのものではなく、あくまで行為に収斂された(行為)刑事責任能力として、裁判官・裁判員の規範的判断に内実化されるべきものであることになる。その意味で、責任能力をめぐる刑事実体法上の問題として、責任前提説や折衷説を採用する必要はなく、要素説を堅持できることとなるのである。行為者属性としての生物学的責任能力判断を、鑑定制度と呼応した訴訟法的问题として解消することは、刑法四一条の位置づけと同様であり、かつて述べたことがある。⁽⁹⁾当該行為との連関において把握される心理学的判断は、従来、鑑定制度の内容としても重要な位置づけを与えられているが、未だ証明されていない当該行為との関係を鑑定人が指定することは論理的にはできないはずであり、この役割は動的な心証形成過程を担う裁判官ないし裁判員によって本来行われるべきものである。⁽¹⁰⁾もともと、法律家である裁判官、一般市民である裁判員に、実体形成されつつある当該行為の

弁識能力や制御能力を何の資料もなく判断せよという要請は困難を強いるものであるが、専門家の鑑定による、（具体的行為と関係を持たない）一般的な弁識能力及び制御能力判断がなされるならば、質疑されている行為の心理学的判断は十分可能であつて、それを踏まえた規範的判断とともに、最終的な犯罪成立への実体形成が行われることとなるであろう。

最近、最高裁は、生物学的要素である精神障害の有無及び程度については、鑑定人の公正さや能力に疑いを生じたり、鑑定の前提条件に問題があつたりするなど、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、裁判所は、その意見を十分尊重して認定すべきであると判断した¹¹⁾。しかし、これは、心神喪失及び心神耗弱判断が法律判断であり、専ら裁判所に委ねられるべき問題であつて、前提問題である心理学的要素、さらに生物学的要素でさえ、法律判断との関係では究極的には裁判所の評価に委ねられるべき問題であるとした従前の判例を変更するものではないと理解される。そうであるならば、当該行為との関連で判断されるべき心理学的判断は、現在の住所地とされる鑑定の現場から、その本籍地である裁判所に重心をシフトし、そこにおいて終局的な判断が行われるべきであるだろう。こうした行為属性としての責任能力判断を、行為者属性としての（むしろ一般的な応答能力というべき）責任能力判断と区別した上で、その連結点を心理学的判断レベルに求め、両者の有意義な関連性を終局的な規範的判断の中へ活かしていくべきではないかと思われる。

(5) 林美月子「刑事責任能力と裁判員制度——刑法学の立場から——」法と精神医療第二十四号（二〇〇九）五八頁によれば、裁判員制度の下でも、刑事責任能力の有無という究極判断については、専門家判断を避けるべきだとされ、二〇〇八年七月一日最高裁研究報告では、鑑定の責任能力判断については、「心神喪失」などの法律判断を結論として示さないよう求めている。精神医学の専門家が責任能力の有無に明確に言及すると、裁判員に対する影響が極めて大きいことから、犯行時の精神状態や精神障害が犯行に与えた影響

など、医学的な所見の報告にとどめるべきであるという。この報告は、「裁判員に対する影響」という点が必ずしも明確ではないものの、刑事責任能力判断を事実問題とみて、それゆえ裁判員もこの判断を行う権限があるとする前提に立つものと思われる。

(6) それは、個々の行為とは独立した一般的能力を判断することに繋がる責任前提説よりも、当該行為との関連において責任能力判断を行うものとする責任要素説に親和性がある。

(7) 浅田和茂「刑事手続と精神鑑定」季刊刑事弁護一七号二四頁(一九九九)

(8) ドイツにおける参審員のような立場であれば、その心証形成と実体形成は一致することになる。

(9) 塩盛・前掲注(1)・一一二頁。

(10) 心理学的要素が法令解釈の問題であるとすれば、裁判員にはこれを行う権限がないこととなる(裁判員法六条二項)。

(11) 最二判平二〇・四・二五刑集六二・五・一五五九

(12) 最三決昭五八・九・一三裁判集刑事二二二・九五等

三、責任能力の挙証責任

次に、こうした責任能力の実体形成に関して重要な点となるのが、挙証責任の問題である。犯罪証明は検察官にその立証責任があり、それは、責任能力の証明においても妥当する¹⁹⁾。すなわち、被告人・弁護側が責任能力に疑義を抱かせた証拠提出の責任を果たせば、検察官としては、責任能力の存在について合理的疑いを超える証明を積極的に行わなければ、プロレオ原則からは責任無能力もしくは少なくとも限定責任能力が帰結されるはずである。しかるに、弁護側が、責任阻却事由としての争点形成責任を果たしているように見える場合でも、申請された精神鑑定が却下されることにより、検察側が、責任能力の存在を積極的且つ合理的疑いを超えて立証することに成功していないように思われる場合がある。

なるほど、捜査段階において捜査機関は鑑定を囑託することができる（刑訴法二二三条一項）から、公訴の提起以前から責任能力の存否に疑いがあることが明らかな場合には、こうした囑託鑑定が行われることがある。少なくともそこでは責任能力の存否について判断されることになるが、これは本来起訴便宜主義のもと、検察官が嫌疑形成すなわち公訴を提起するか否かの判断の一資料とするために行われるのであり、それは、後に刑罰を科すため犯罪成立の前提としての責任を立証するため被疑者の責任能力をあらかじめ認定するものではない。¹⁵ 公判における罪体立証そのものではないのである。

そして、公訴の提起以降も、特に責任能力が裁判の主な焦点になっていない限りは、責任能力の存否に対して中心の関心は払われないまま（むしろ、あたかも被告人は二応責任能力を備えているという暗黙の前提があるかのように）訴訟手続が開始されることがある。¹⁶ そして、その手続の中で責任能力に関する疑義が提示されて初めて、法律上、裁判所の命令により鑑定が行われることになるのである（刑訴法一六五条）が、実務上は、弁護側から申請された精神鑑定に対して、それを実施するかどうかは専ら裁判所の判断に委ねられている。¹⁷ この点に関し判例は、弁護人とした被告人の精神鑑定の申請を却下したからといって、憲法三七条二項に違反しないとされているが、学説上は被告人の責任能力につき根拠ある疑惑が認められる場合鑑定は必要的であるといった説が有力なのである。¹⁸ もし、精神鑑定が行われない場合、被告人の責任能力の存在は、当該裁判において生物学的要素の判断を欠いたまま、責任能力は備わっているという前提のもとで有罪判決が下されることになりかねない。また、被告人が有罪となり、彼に刑罰を科するときは、その受刑能力の存否についても、検察官によって積極的に証明されていない状態で彼を処罰することになるが、これらは、当事者主義構造の下、挙証責任を検察官に負わせている現行刑事訴訟の理念に違背することを意味する。また、被告人に責任能力の存在することを立証するということは、少なくとも責任阻却事由の一つが不存在であ

ることを示すことを意味し、これは被告人に不利益に働くものであるから、終局的には中立公正を要求される裁判官が鑑定を命じて被告人の責任能力を判断するとしても、むしろ訴追官たる検察官の立場から積極的に立証すべきことは訴訟構造的にも合理的であるというべきであろう。いうまでもなく、わが国の現行刑事訴訟法は当事者主義を採用しており、実体的真実主義をいうとしても、ドイツのような職権主義的構造とは異なることに注意すべきである。

さらに、このような訴訟実務は、実体法の構造との関係からも一貫性を欠くものであることは否定できないだろう。例えば故意・過失に関しては(これを責任要素とするかどうかはともかく)、訴因画定のためにも前もって検察官による検討は必要であろうし、公判においても通常検察官によつて立証されるべきものである。それならば、刑事責任能力を責任の要素であるとする立場に立つ限りは、故意・過失と同様に、責任要素である責任能力についても検察官による積極的立証が必要であるということとなる。刑法が責任主義をその大前提とする限りにおいて、責任要素における故意・過失については積極的な立証を要求しつつ、責任能力については要しなくすることは理論的にも首尾一貫性を欠くものであると言わなければならない。

(13) わが国と異なり、現在の合衆国では、責任無能力は被告人側で明白且つ確信的証拠で証明しなければならぬとされる。林美月子・前掲注(5)・五一頁。

(14) 古茶大樹「刑事責任能力判定について―精神科医の立場から―」法と精神医療第二十四号(二〇〇九)六四頁参照。

(15) 公判段階でも、鑑定受託者の鑑定書を刑事訴訟法三二一条四項によつて証拠能力を認めることが実務上定着しているが、弁護人としては、その証拠能力及び鑑定結果を争うことができる。

(16) ここでは、訴訟能力の是認が責任能力の推定機能を実質的に果たしているように思われる。

(17) 古茶・前掲注(14)・六五頁。

(18) 最判昭和二五年一月二六日刑集四卷一二号二六三六頁参照。

(19) 浅田・前掲注(7)・二五頁等。

(20) 筆者は過去にこの立場によることを明らかにした。塩盛・前掲注(1) 一一二頁。

四．おわりに

以上、精神鑑定の問題と責任能力の挙証責任について論じてきたところであるが、ここに示された刑事責任能力に関する訴訟法的課題は次の二点である。第一に、精神鑑定における現在の刑事訴訟実務では、未だ被告人の行為であることが明らかにされていない公訴事実を被告人に結びつけて考えることによって、鑑定人によって先取りされた公訴事実と犯人との同一性が、裁判官及び裁判員に対し責任能力判断の上で大きな予断を与える危険のあることが指摘できる。そこでは、鑑定された生物学的判断を前提に心理学的判断が行われるからである。なるほど心理学的判断は本来当該行為との関連で把握されるべきものであるが、それは実体形成の一部であり、本来鑑定人ではなく裁判官ないし裁判員によって行われる必要がある。したがって、行為者属性としての責任能力判断と行為属性としての責任能力判断とは峻別され、前者は鑑定人の行う精神医学的専門的判断であり、行為から離れて一般的に判断する行為者属性としての責任能力判断を行うことがその内実となる。そしてそれを前提として最終的に裁判官ないし裁判員の行う規範的判断に繋げていくことが必要である。行為者属性としての責任能力判断は、裁判時に行う行為時の責任能力判断が果たしてどこまで妥当性・正確性を持つのか、とりわけ確定まで相当な期間を要する裁判においては疑念が生じることから、より実態に則した概念であるといえるが、一方で訴訟能力概念との異同が問題となりえる。ここでは、前者があくまで実体法的概念であるのに対し、後者は訴訟法的概念であってその次元が異なることを指摘するにとど

める。

第二に、精神鑑定の申請が却下されることにより、少なくとも生物学的要素としての責任能力の存在が立証されないまま有罪認定が行われ得ることの問題である⁽²¹⁾。責任要件も犯罪成立の重要な一部であり、いうまでもなくその立証責任は検察官に存する。検察官において積極的且つ合理的疑いを超える立証が行われなくても拘わらず、訴訟能力の認定等から、裁判官・裁判員の職権主義的認定によって安易に被告人の責任能力が肯定されてしまうようである⁽²²⁾。れば、実質的には拳証責任が転換されているものといわざるをえない⁽²³⁾。たしかに、精神鑑定を実施しなくても、犯行後の隠蔽工作や逃亡行為等から犯行時の責任能力を肯定できるとする考え方もあり、裁判実務では、専門家判断の軽視といった傾向と相まって、むしろこのような証拠の証明力を高く評価しているようにも思われるが、多くの場合、これらの評価は弁識能力の存在を肯定するにとどまり、そこから制御能力まで判断することは困難であると思われる。むしろ逃亡等の事情は、可罰的な行為を敢行したこととの連続線上にある、制御能力を欠いた精神状態の帰結と評価できなくもないのである。結局、専門家による精神鑑定は被告人の刑事責任能力を判断するに際して極めて重要な役割を有するものであって、弁護側から申請があれば、原則これを許容するべきであると思われる。

筆者の能力不足から、なお多くの課題を残していることを痛感するが、ここで一応稿を閉じることとしたい。

(21) もちろん他の証拠から裁判官による生物学的要素の判定ができないわけではないが、そうだとすると、専門家による精神鑑定制度そのものの意義がかなり失われてしまうことになるだろう。

(22) この場合、正確に言えば、訴追者と判断者の同一化がもたらされることから、単なる職権主義を超えた糺問主義的認定が行われることとなる。

(23) もっとも、これ自体の当否は別問題であり、合衆国のような立場を採用することも、刑事政策的立場から、立法政策としてはありえるであろう。