

## クリスチアン・シェーネボルン「責任原則と一般予防観」

Christian Schöneborn, Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 88 [1976], S. 349ff.

鈴木 晃

### 〈はじめに〉

本論文の著者であるシェーネボルン (Christian Schöneborn) 博士は、現在フランクフルト大学私講師であり、一九六八年に同大学のウィルヘルム・クラス (Wilhelm Class) 教授に提出した *Die berichtige Auslegung des § 246 StGB* という題名の論文によって学位を取得している。一九四〇年九月十五日生まれというから、現在四〇才の学者である (シェー

ーネボルン博士の業績その他については、宮沢浩一編『西ドイツ刑法学——学者編』五六五—六頁参照)。さて、本論文は三つの部分から構成されており、第一は、緊急避難 (三五条)、禁止の錯誤 (一七条)、責任無能力 (二〇条) を中心としたロクシンの答責性論批判、第二は、量刑と責任原則の予防的新解釈、第三は、刑罰の社会心理学的立場からの批判についてと結論である。以下順次内容を紹介してみよう。

一、ロクシンは、処罰を根拠付ける責任ということに関して、「責任」のカテゴリーの判断は、他行行為の可能性ではなく、「刑法的観点の下で個々の行為者に対して制裁が必要であるかどうか」が問題となるという。もし制裁が「一般予防および特別予防の根拠から共同体の平和秩序維持のために必要」ならばロクシン説はもっともなこととなる。このロクシン説の目的は、答責性を刑事政策的・合理的に形成することができるようにすることにある。

しかしながら、このように一般予防論を強調することにより、裁判官の可能な判決の限界が破られるおそれがある。社会学的システム論をもって表現するならば、一定のメルクマールの提示で法的効果を決定させる条件プログラミングにかわって、追求される効果の達成のために最良の手段の選択が必然となる目的プログラムが登場するのである。しかし、そのように言ったからといって例えば緊急避難などの規定の構造は何もかわらないし、裁判官は依然として責任阻却の構成

要件に定められた条件に拘束されると信じているのである。結局、過去の観点における他行行為の可能性の確定あるいは展望着的に評価されるべき予防効果が、複雑性を減ずる条件プログラムの形式において裁判すべきか、あるいは、効果を評価する目的モデルの方法で裁判すべきかを決定するわけであるが、責任阻却の事例を検討すると、法の適用についてのジレンマが存在することは明白である。

そこで著者は次に具体的な検討へと進んで行く。

(a) 責任無能力の確定の事例においては、一般予防要素をもって二〇条の範囲を限界付けることはほとんど不可能である。規範違反に対する制裁によって法典の確実性を保証すべきであるという一般予防の本質的テーゼからは、制裁の名宛人に対する制限は導かれえない。むしろ、責任原則を基礎としてはじめて二〇条の刑罰の限定が説明されうる。ある行為のかわりに他の行為が選択できたという日常的自己経験が容認されるなら、他行行為の可能性の仮説に基づく責任原則

は、その刑罰限定機能をもつことになる。立法上の責任形式は、裁判官に回顧的になされる評価を許すが、その場合、体系論的に条件プログラミングが考慮に入られ、視野の制限がなされる。この制限は、一般予防的に制限される刑罰要求とちがって法治国家的なものといえる。

ところで、性欲本能に従う行為者に病理学的メルクマールが証明されるべきかどうかの問題については、標準的処罰行為により規範的に期待される行為を保証することを要求する一般予防的観点の下では、否定的答えが期待される。それに対して、実質的責任非難の前提としての自由の強調は処罰放棄へと導く。そしてその場合にはしばしば予防目的への傾斜を示す保安・矯正処分がなされることに注意すべきである。しかし、その処分をなすうえでの一般予防的観点が、法秩序の確実性はみせしめによって保証されねばならないという刑罰についての包括的要求に対して、より限定されたものであるし、また例外的なものであることは

事実である。責任と刑罰が否定される事例において、第二の補充的な法的効果の方法は結局作用しないということになる。こうして責任原則こそが法的効果を制限する作用をもつのであり、予防的な観点からはむしろその作用が弱められることが予想される。

(b) 不法の意識のない行為についても、責任原則の予防的新解釈に訴えることはほとんど役立たない。ロクシンは、錯誤が避けえないときには一般予防的根拠から制裁は不要であるから、禁止の意識のない行為の答責性は阻却されると主張するが、共同体の成員が特定犯罪について不可避の錯誤をもつ可能性があるならば、むしろ不可避の禁止の錯誤の場合でも、一般予防的観点からは制裁が必要となる。ロクシンの意図は、禁止の錯誤の不可避性の評価に際して、これまでの判例の厳格性を弱めることにあるが、事実は全く逆であり、責任原則を後退させる一般予防論の考慮こそ他行行為の可能性の限界を拡大させているのである。こうして責任の予防的解釈は、不法の意識の評価の場合に

も、期待可能性の要求の加重の傾向のためだけでなく、責任無能力の場合と同様に、そのような解釈は元来実行不可能であるので、許容できないのである。また、価値判断の領域におかれた社会事実の複雑性のために、予防的解釈の際に得られる効果の分析結果はあまりいいものであり、立法者はそれを要求するものではない。むしろ、確実性をもって一般化される責任の存否が決定の前提として要求され、予防的效果への考慮はなされないのである。

(c) 緊急避難における「責任阻却」の場合においても、ロクシンは、刑罰目的論に言及しつつその本質的根拠を特別予防の必要性和一般予防の必要性がないことに求める。それは、一方では、平均人が当該例外状況において動機付けの可能性がないこと、他方では、「そのような個々の点でほとんど比類のない事情の特殊性が、望ましい基準行為の違反を公共のために制裁することを不必要とおもわせる」ことである。しかしながら、一般予防思想からはそのような結論は生じ

ないとおもわれる。何故なら、みせしめの制裁によって「犯された規範の有効性を証明する」という観点からは、この例外事情においてもみせしめの科刑はただちに目的に合わないというものではないからである。また、そのように理解される一般予防の目的的観点には、それ自体を限界付ける判断基準はほとんどないといえる。

ところで、緊急避難における責任阻却の原則規定の解釈について、ロクシンは、自由の領域の欠如を判断基準とする。何故なら、親しい者に自由の剥奪や軽傷害の危険が切迫している状況では、他の行為は不可能であると主張できるからであるとする。しかしこれは正確には責任形式の適用可能性に対する根拠のある主張とはいえない。むしろ、責任原則の法治国的機能は、行為者に特定の事情による危険負担義務を課さない場合において、立法者に厳格に制限された自由領域と他行為不可能性とを等置することを目的とする。これは確かに責任原則と一般予防との間の緊張関係を

背景にもつが、法適用者は前者を強調すべきことは当然である。

刑法三五条一項二節の場合には、個々の事件ごとに期待可能性の評価が要求されるが、その際、具体的事件における科刑が、目的適合的なみせしめと犯された規範の確証のために適合しうるかを問題にする一般予防論を視野に入れてはならない。例えば、消防士が火災に際して、迫り来る猛火の危険に直面して、その消防作業を放棄し、逃亡の際その家の住人をわきへ押しやり、それによって死をもたらした状況の評価について、その者の処罰が殺人規範の確証にとって目的適合的であるかどうかを目的とすべきではない。彼には殺された第三者への考慮はそれ以上期待されえなかった、という行為余地の制限が受け入れられるかどうかを問題としなければならない。つまり、それは、行為者の他行為の可能性の能力段階について回顧的ななされねばならず、一般予防的・展望的になされてはならない。

二、次に著者は量刑と責任原則の予防的新解釈について述べる。

責任原則の予防的新解釈の傾向は、量刑においては責任原則の単なる刑罰限定機能に対応する。純化された行為責任は、量刑に際して構成的に作用せず、ただ特別および一般予防的観点が、目的適合的な水準の制裁を限界付けることになる。ところが、立法者はこの視点とは反対の基本原則を規定した（四六条一項）。ここで立法者にとっては、単に個々の行為において正しい反作用が最も一般予防的目的適合性があるというドグマ化された期待をいだけつつ、量刑の決定は制裁と責任の量との適切な関係が保たれるべきであるという指図のみがあることになる。それは次のことを意味する。つまり、科刑の部門ではまだ条件プログラムから目的プログラムへの全領域における転換はなされていない。そして、未来を指向する目的を介した評価は複雑化するので、ただ単に否定的禁止にささえられた回顧的な過去の確定のみが残るということである。例

えば、Bに立腹した平和主義者のAが、ナイフをBにつきさし重傷害を負わせた。特別予防的にはAの行為は繰り返されないとすることで一致するが、もしこの犯罪行為が二三条aに包含されるとする立場をとるならば、量刑は一般予防的観点からなされねばならなくなる。そこでここには、ドグマ化した日常理解されている責任原則に関してつねに一般化された形でありあつかわれる一般予防要素でおおった基準を提示する道が残るだけである。

一般予防要素の評価可能性の欠如の観点の下で、罰金に代わる短期自由刑や保護観察の停止の規定は、もし「法秩序の擁護」が自由刑の科刑と執行を示すならば、極めて問題である。ここでは一般予防的観点に従って刑の量定をすることが要求されているのではない。つまり、量刑はまず基本形式に従って確定され、それから特別予防根拠がないにもかかわらず適当な範囲にあらかじめ決められた刑が、一般予防の要求のために科され執行されるということになる。「法秩序の

擁護」が自由刑を要求するかどうかの問題の決定は、事実上根拠のある目的を介した選択に基づくのではなく、正当な刑事政策上の主観的観念に基づいてのみ可能となる。しかし、我々はこれをドグマティックな空虚な概念によって行わなければならない。ともかく、量刑作業については、責任原則の抑制と刑罰を根拠付ける責任の予防的新解釈とに正確に一致する一般予防要素の確実な考慮の可能性が存すると主張するのである。

なお、著者は最後に結論として、判決手続と量刑事続の分離という手続的改革を主張する。そして後者には一般予防を十分に考慮することを許すが、その要素は今だ専門的に明白ではないとする。

三、予防の必要と責任原則との関係を要約して、著者は次のように言う。つまり、そのそれぞれが肯定される限りでは、それらは弱められた形式の法治国的規定として相対して形成される、と。

責任原則を法律史的に考察すると、それがドグマテ

イックな<sup>・</sup>か<sup>・</sup>す<sup>・</sup>が<sup>・</sup>い<sup>・</sup>の<sup>・</sup>よ<sup>・</sup>う<sup>・</sup>に<sup>・</sup>お<sup>・</sup>も<sup>・</sup>え<sup>・</sup>る<sup>・</sup>。それは一方では  
応報的要素、他方では保護的要素を現行刑法体系の中  
でたやすくつなぎとめることができる。つまり、ある  
者がその犯罪行為について単に復讐されるのではな  
く、彼の個人的責任の上に刑が言い渡されるとい  
とは、これを自己責任として受け入れることを意味  
し、また、自己責任の要求に向けられるべき意味ある  
再社会化の前提を形成する。

将来に向けられた刑事政策的考慮と責任原則との関  
係について、社会学の側からの十分な経験的知識はま  
だ提出されていない。贖罪の山羊といったような精神  
分析的テーゼは、経験的説明には不適切である。その  
中で注目されるのは、個々の構成要件についての犯罪  
化欲求あるいは処罰欲求と「威嚇要素」との相互関係  
を明らかにする提案をするハセマー (Hasemer) の  
研究であろう。これらの研究の究極目的は、刑法の社  
会的コントロールの外に位置する実用的合理的な社会  
計画にある。このような処罰欲求と威嚇要素の除去

が、個々の犯罪について主張されたとしても、保護の  
必要な法益の保証のために刑法は不可欠であろう。

著者は以上のように述べ、最後に、刑罰を根拠付け  
る責任の予防的新解釈と、量刑についての責任原則の  
限界付けの努力に関して次のことが確定されるべきで  
あるとする。①裁判官の決定行為における一般予防要  
素の制限は、目的的に実行されえないという主張は失  
敗する。②それゆえ、その観点の下での責任原則は空  
洞化するのではほとんど推薦する価値はない。

### 〈おわりに〉

以上紹介してきたところからもわかるように、シェ  
ーネボルン博士は伝統的な責任主義を擁護する立場よ  
り、ロクシン教授の答責性論、とくに一般予防観点を  
強調する点を痛烈に批判している。その批判の中心  
は、一般予防論はその限定基準を内部にもちえない  
から、従って裁判官の可能な判決の限界が破られる  
のではないか、という点にあるようにおもわれる。確

かにこの批判は正当なものであるといえる。シェーネボルン博士の言われるように、将来に向かっての判断はあやふやなものになりがちであり、その点、責任を回顧的にのみとらえる伝統的責任主義の立場に優れたものがあるといえよう。しかしながら、博士の責任原則には法治国原理を強調する点などで多少形式的な側面があることも事実である。もちろん、形式性といえども現代社会において有効な機能の仕方をしていれば実り豊かなものともなりうる。しかしながら、次の眞鍋教授の言葉は十分な咀嚼を必要とするであろう。つまり、責任原則は、「刑罰権をめぐる国家と国民の間、それぞれの段階における、緊張関係をあらわすものである。国家はそこに刑罰権行使の正当性についての担保をおこうとし、国民はそれに依って人権を確保しようとする、そのきびしいせめぎ合いの表現に他ならない。法治国家が社会国家あるいは福祉国家にこそ、替えするとき、その力関係がどのように変わるようになるかが問題の核心でなければならぬ。」と(眞

鍋毅「責任原則の帰趨(一)」(Law School No. 8 九一頁)。その意味でもロクシン説には慎重な検討と批判・評価が必要となるわけであるが、シェーネボルン博士の批判には、やや一面的なところがみうけられる。答責性を「刑事政策を受ける義務」といいかえることは言い過ぎであろうが、ロクシン説は刑法と刑事政策との交錯に関する理論であるといいうるわけであるから、この側面からのアプローチこそ重要であるようにおもえるのである。さらに、第一でのロクシン批判と第三における刑事政策的考察との関係についても一考の必要がある。

しかしながら、シェーネボルン博士の見解は一見して明白であり、それだけに批判も鋭い。少なくとも、ロクシン教授は、この批判に対する解答を避けて通ることとはできないのではないだろうか。