

責任の予防的再構成に関する一考察

——ロクシンの「答責性」論とその批判——

鈴木
木
晃

目次

はじめに

一 責任の予防的再構成——ロクシン

(一) 刑罰論

(二) 責任主義

(三) 「答責性」論

二 ロクシン説の反響——西ドイツ

三 「可罰的責任論」

おわりに——現代責任論の展望

本稿の視点は、責任と予防との関係を説明する一段階として、最近のロクシンの「答責性」論を検討し、あわせてわが国における類似の理論である宮本英脩・佐伯千仞両博士の「可罰的責任論」の意義をさぐりつつ、現代責任論の位置を確認するところにある。

ところで、このような視点から論じた文献としては、すでに中川祐夫教授の「責任と可罰的評価——序説的考察——」⁽¹⁾と浅田和茂助教授の「責任と答責性——ロクシン説の検討——」⁽²⁾がある。前者は、ロクシンの見解に対して好意的であり、後者は批判的であるという評価もあるが、⁽³⁾両者とも佐伯博士の「可罰的責任論」を支持したうえでのロクシン説の検討であり、ロクシン説と佐伯説との重要な相違点を肯定されているようにおもわれるので、どちらかといえば両者共批判的といっておもわれる。ロクシン説を理解するにあたって、前提として重要な点は、現行西ドイツ刑法典に多大な影響を与えた、⁽⁴⁾いわゆる対案グループの一九六六年ドイツ刑法草案総則対案 (Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil)⁽⁵⁾の内容の理解である。対案グループの一人であるクルークは「今こそ、刑法理論は、非合理的な思想的過剰を伴うカントおよびヘーゲルについて、すべてのその認識論的・論理のおよび道義的な問題を看破して、これと訣別すべきである。」と述べ、対案の基本線を明らかにし、また、ロクシンは、対案の意図するところのものを、刑法の非形而上学化、刑法の非道德化、刑法の自由化、刑法の人道化という四つの中心思想によって要約している。⁽⁷⁾そして、責任原則に関連して、一九六二年草案が六〇条一項で「刑の量定の基礎は行為者の責任である。」と規定していたこと⁽⁸⁾に対し、それは、もはや責任原則の刑罰限界づけ機能の大部分を放棄するものであり、刑罰が責任刑とみられないほど責任の程度から隔たってはならないことを言明するにす

ぎない⁽⁹⁾、と述べる。ここから、対案二条の「Ⅰ刑罰と処分とは、法益の保護と行為者の法的共同体への復帰に役立つものとする。Ⅱ刑罰は行為責任の程度を越えてはならず、処分は公の利益が優越する場合にのみ命ぜられる。」という規定を擁護するのである。

以上の対案の基本構想から責任がどのように構成されるかがロクシンの課題となった。すなわち、責任から倫理的要素を払拭し、もっぱら刑罰限定機能⁽¹⁰⁾のみを責任に認めることが可能か、ということである。⁽¹¹⁾これに対して展開された理論が「答責性」論である。ロクシンによれば、責任非難を根拠づけるものは刑罰目的であり、それは一般予防あるいは特別予防の観点から処罰の必要性がみとめられるかどうかによって決定される。そこで、構成要件、違法性につづく犯罪の第三のカテゴリーとして、「責任」に代えて「答責性」(Verantwortlichkeit)をすえる。ここにおいて責任はもっぱら刑罰限定機能のみをもつことになるのである。⁽¹²⁾

ロクシンの「答責性」論のような責任の予防的再構成ははたして可能か、さらにわが国におけるその問題についての展開はいかなるものか、という点について考察を進めると共に、消極的責任主義の下での刑事責任がいかにあるべきかを確認したいとおもう。

[注]

(1) 中川祐夫「責任と可罰的評価——序説的考察——」現代の刑事法学(上)、平場安治博士還暦祝賀(昭和五二年)二五二頁以下。

(2) 浅田和茂「責任と答責性——ロクシン説の検討——」現代の刑事法学(上)、平場安治博士還暦祝賀(昭和五二年)二七二頁以下。

(3) 真鍋毅「責任原則の帰趨(上)——シュトラーターテンヴェルト、ロクシンの所説を中心に——」Law School, No. 7, 四一頁。

- (4) この点について包括的かつ簡潔に書かれた文献は、Claus Roxin, Einführung in die Grundprobleme des Strafrechts, Mit Anmerkungen von Seiji Saito, 1976, Sansuuya Verlag. があつた。
- (5) 対案の翻訳については、宮沢浩一教授による、「一九六六年ドイツ刑法草案総則対策」法務省刑事局、刑事基本法令改正資料第一二号がある。
- (6) ウルリッヒ・クルーク「カントとヘーゲルからの訣別」(久岡康成訳) ユルゲン・バウマン編著『新しい刑法典のためのプログラム——西ドイツ対案起草者の意見』(佐伯千仞編訳) (昭和四七年) 四八頁。
- (7) クラウス・ロクシン「刑罰目的と刑法改正」(米田泰邦訳) 同右一〇一—一二頁。
- (8) 現行西ドイツ刑法四六条一項も「行為者の責任が刑の量定の基礎である。刑によって社会における行為者の将来の生活に期待されるべき効果が考慮されねばならない。」と規定する。六二年草案に対し、新しく追加された第二段によって、量刑において特別予防的考慮が強調されていることは注目すべきである。参照、内藤謙『西ドイツ新刑法の成立——改正刑法草案との比較法的検討』(昭和五二年) 九八—一〇四頁。
- (9) ロクシン、前掲論文一〇二—三頁。
- (10) わが国における消極的責任主義に相当するであろう。斉藤誠二教授は、このへんの事情を、わが国では「責任主義をいわゆる積極的責任主義といわゆる消極的責任主義とにわけける立場がおおいが、西ドイツには、こういう言葉はない。西ドイツでは、いわゆる消極的責任主義と同じ内容をあらわす言葉としては、(とくに、カントに由来する)「責任主義の「規制的な」作用 (die „regulative“ Funktion) とか、責任主義の「制限的な」作用 (die „limitierende“ Funktion) とかという言葉がつかわれている」と説明される(斉藤誠二「刑法の改正と責任主義」(一)——刑の量定の基準を中心として」警察研究四五卷一一号二七頁)。
- (11) 同様の問題はわが国においても十分意識されているようにおもえる。たとえば、昭和五四年五月一二日の第五五回刑法学会大会での平野龍一博士の「非決定論は刑罰は専ら回顧的で将来についての効果はおよそありえないことを前提にしている。そうなると、道義的責任論をとれば、消極的責任主義はとれない。消極的責任主義がとれるのは、責任はあるが他の方法によってやれるから、刑罰を用いる必要がないということを前提にするからであると思われます。」という発言(刑法雑誌二四卷一頁一〇七頁)や、「責任から道義性を排除しつつ、なお『非難』を構成しうるのか、道義性を排除すれば、刑罰の正当性およ

ひその限界をあいまいにしないかがいぜん懸念される」なかで、「道義的責任論者が刑罰の謙抑性とか処遇面への配慮の重要性を自覚することなしに、刑事責任を論じえなくなったことだけは確かであろう。」(三井誠・町野朔・中森喜彦『刑法学のあゆみ』〔昭和五三年〕一七九頁)という論述に、そのような問題意識がうかがえる。

(12) このようなロクシンの見解については、中川祐夫・前掲二五三頁と、浅田和茂・前掲二七四頁以下に掲げられた論文の他、Claus Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 279ff. および、クラオス・ロクシン、斎藤誠三訳「責任主義の二面性と一面性——刑法解釈学と刑の量定論における責任と予防との関係をめぐって——」刑法雑誌二四卷一号二八頁以下によって知ることができぬ。

一 責任の予防的再構成——ロクシン

(一) 刑罰論

刑法と刑事政策との交錯に関する理論⁽¹⁾としてのロクシン説の理解のためには、まずその刑罰論をみておくことが不可欠であろう。

ロクシンによれば、伝統的な刑罰論として、応報あるいは正義理論(Vergeltungs- oder Gerechtigkeitsstheorie)、特別予防(Spezialprävention)論⁽²⁾および一般予防(Generalprävention)論が認められる。そして、まず、応報理論については、「その思想的性格が国家による侵害の必要の限界付けを可能にするという利点をも」ち、「一般予防論の帰結において存在するように、公衆への配慮から個々人の責任の量をはるかに超えるように刑をたかめることは、応報理論によってともかく妨げられる。」他方、応報理論には重要な欠点がある。つまり、それは形而上学的性質を有する根拠および信仰行為によってのみ説得力あるものとされるにすぎない。合理的考察によれば、犯罪が処罰によってつぐなわれ再びもとの状態に回復するということは認めえない。単に「害悪」を加えることとしてのみ理解

される処罰は、再社会化機能を有しないので、犯罪者に不従順と絶望感を生じさせ、再犯を促進させてしまう。ドイツの行刑の立ち遅れは、大部分、応報理論の伝統的支配に基づいている。³⁾次に特別予防論の利点は、それが治療処分を可能にするところにある。特別予防論は、行刑の科学的発展を促進するし、犯罪者の犯罪克服にも役立つ。しかしながら、それは、公衆に対する危険がある場合であっても再犯のおそれがないならば可罰性の基礎を提示しえないという欠点をもつ。また、逆に特別予防論は、「國家刑罰権の適切な限界のための可能性も提示しない。」行為者が特別の危険のある再社会化されないタイプであることが証明されるなら、軽微な犯罪についてさえ、長期の拘禁が必要となるが、それは、「基本法上保障された個々の市民の自由権とほとんど調和しない警察國家的規制へと導かれる。」⁴⁾一般予防論の長所は、これらの困難性を回避するところにある。しかし、それは、個々の行為者ではなく、まず公衆への刑罰の影響に関係するので、犯罪者の再社会化のための努力と結合しないという欠点がある。それどころか、公衆への威嚇のために、非常にきびしい刑を科す傾向を増長する。⁵⁾こうして応報論、特別予防論、一般予防論の一面的実行は満足に行くものではないことが判明した。そこでロクシンは、上位の刑罰目的として再社会化をおくべきだと述べ、それは同時に一般予防機能をも満たすものであるが、一般予防効果はできるだけ再社会化目的の下位におかれるべきだとし、このように社会的必要性を重視する刑法は、形而上学的原理には基礎付けられないがゆえに、応報とは全く関係しないと論ずる。そして、特別予防論も一般予防論も機能しえない刑罰限定目的は、責任原理によってこそ達成されるべきであると述べるのである。⁶⁾

このようにして、ロクシンは、「もし我々が刑法の意義と限界を一言で述べるとするならば、刑法の任務を、個人の責任の量によって限界付けられる範囲における、人格保護的一般予防および特別予防による法益および國家の給付任務 (Leistungsaufgabe) の補充的保護として性格付けることができる。もしこの考え方に名称を与えたとするな

らば、それは弁証法的結合説 (dialektische Vereinigungstheorie) となる。それは、実質的にも方法的にも、伝統的な単一説や、支配的な単なる加算としての結合説とは明確に区別されるべきである。⁽⁷⁾とまとめている。もちろん、このような「弁証法的結合説」が「答責性」論に反映していることは明らかであるが、問題となるのは、両者の関係が「反映」という段階をはるかにこえて、「直結」というレヴェルにまで達しているのではないかという点にある。⁽⁸⁾

(二) 責任主義

ロクシンは以上みてきたように、責任を応報から切り離し、もっぱら刑罰限定機能だけをもたせるわけであるが、この点について、もう少し詳細にロクシンの見解を理解するために、「責任主義の刑事政策的考慮」⁽⁹⁾という彼の論文をとりあげよう。

ロクシンは、まず、刑法における責任概念がこれまで二つの異った実践的機能、すなわち応報の刑罰目的の正当化と、刑罰限定機能を果してきた、とする。そして、ロクシン自身の見解として、「責任概念は応報の基礎として役立つたないし、また放棄されるべきであるが、刑罰限定原則としての責任概念は維持されねばならないし、この機能においては理論的な基礎付けもなされる。」⁽¹⁰⁾と述べる。この刑罰を限定する基準としての責任 (Schuld als einem Kriterium der Strafbegrenzung) は、責任応報原理のような形而上学的源泉を有するものではなく、むしろ啓蒙的自由主義の産物であり、国家の侵害権を限界付ける目的に奉仕するものである。さらに、責任原則の刑罰限定機能は、フォイエルバッハによって規定された「法律なければ犯罪も刑罰もない」という原則に密接に結びつくし、また、責任原則は、構成要件の明確性、遡及的刑罰法規の厳格な禁止、行為者に不利益な類推の禁止を要求する。⁽¹¹⁾

このようなロクシンの見解に対しては、「刑罰が結び付くすべての条件は同時に刑罰を限定する——逆もまた真で

ある。」⁽¹⁸⁾ というアルトゥール・カウフマン等の批判があったわけであるが、それに対してロクシンは標語的に不適切であったにすぎないと反論する。そして、「正しく言えば、責任は刑事法上の制裁を限界付ける手段であり、根拠付ける手段ではないし、また責任原則によって限界付けられた刑事法的制裁が刑罰と呼ばれるのである。」と論じる。責任は、保安処分が存在からわかるように、刑事法的反作用の条件ではなく、二元主義のシステムにおける責任の承認は、ただ行為者保護の要請としてのみ許容される。「責任は刑罰の必要条件ではあるが、十分条件ではない。」⁽¹⁹⁾ 第二の批判である、いかなる刑罰が責任に対応するか計算できないという点については、たしかに責任の厳格な数量化は不可能であるが、その必要はない。何故なら、責任原則の刑事政策的機能は、刑罰の一般予防的特別予防的濫用をふせぐことにあるからである、とロクシンは述べる。⁽¹⁹⁾ 第三に、責任原則と保安処分との関係が問題となるが、ロクシンは、法の予定するような保安処分の命じられる事例では、行為者の利益にだけ機能し、公益の要請とは適合しえない責任原則は機能しえないとする。⁽¹⁹⁾

最後に、意思自由論争については、責任原則が応報理論から切り離され、刑罰を限界付ける機能だけを残す以上、もはや古いものになると述べ、また、刑罰と保安処分との間の二者択一についても、応報思想と別れるならば、両者は共に、「法益保護と行為者の社会への復帰」に奉仕するものであり、両者のちがいは、もっぱらその限界付けにあるといえる。すなわち、「一方では責任原則によって、他方では圧倒的な公益の原則によって」なされるのである。それで、「制裁目的においては二元的であり、制裁の限定においては二元的である構想が問題となる。」⁽¹⁹⁾ ということになる。

(三) 「答責性」論

以上のようなロクシンの刑罰論や責任主義についての考え方から、かなり「答責性」についての理解が容易になる

ものとおもわれる。ここでは直接「答責性」論をとりあつかう。ロクシンの「答責性」論の出発点は、「刑罰目的論の刑事政策原理が通常『責任』として特徴付けられる体系カテゴリーを担う」というところにある。そこから、構成要件、違法性の次に問題とされるものは、「刑法的観点から個々の行為者に対して制裁が必要であるかどうか」である。¹⁸⁾したがって、従来の責任概念は、この体系カテゴリーにとってほとんど役立たない。従来の責任概念は、他行行為の可能性が中心にすえられていたわけであるが、他行行為の可能性があっても刑事制裁の必要性がないということがあることになったのである。したがって、「他行行為の可能性が決定的のではなく、立法者が個々人にその行為について答責させることを欲するか否かが決定的になるのである。」¹⁹⁾また、この答責性段階は、行為者関係的な刑事政策が直接に刑法解釈論の中に入り込む領域である。¹⁹⁾たとえば、西ドイツ刑法三五条の責任阻却事由としての緊急避難については、他行行為の可能性が残っている場合がほとんどであるにもかかわらず、行為者を処罰しないことを規定するのは、立法者が予防的見地から処罰の必要性がないと考えたからにはかならない。一方、行為者が、兵士とか警察官とか消防士といったような「特別な法的関係に」ある場合には、一般予防的考慮から西ドイツの立法者たちは刑を科すことにしたのである。²⁰⁾また、禁止の錯誤についても、西ドイツ刑法一七条は、行為の時に違法性の意識が欠けており、行為者がその錯誤を避けえない場合には責任がない、と規定するが、実際には禁止の錯誤はいつでも避けることができるものである。しかし、避けることができた禁止の錯誤をすべて例外なしに処罰するのは刑事政策的に必要なことではない。こうしてロクシンは、このような場合であっても、それが予防的な理由から必要である場合にだけ処罰が認められると結論付ける。²¹⁾

従来の「責任」のカテゴリーを処罰の必要性（答責性）におきかえ、責任には刑罰限定機能だけを残すという、ロクシンの構想においては、責任と予防との関係が不明確なままに残されていたのであるが、彼の最近の「刑法におけ

る責任、予防と答責性についての最近の議論について」という論文²²⁾において、その点を明確にしている。まず、ロクシンは、責任と予防との関係の問題はなかなか克服できないので、責任概念とその反対命題とを対立させることを可能にするため、責任をすべての刑罰目的要素から排除するのであるが、むしろ、反対に、責任は実質的にすでに予防的観点によって逆に決定されるのである、と述べる。しかし、責任と予防との二律背反的な性格が解消させられてしまふように、責任に、すべての予防的観点あるいは単にすべての一般予防的観点をひきいれることはできない。むしろ、刑法上の責任概念が若干の予防的側面を含むが他の予防的側面は含まず、その結果、その限りで刑罰を根拠付ける責任と量刑責任に異なつて存在する刑罰権の相互的限定が生じる、ということ認めねばならない。刑罰を根拠付ける責任が問題となるところでは、多くの場合、刑法上の答責性をひきだすために、予防的必要性をなお問題にしななければならぬ。その限りにおいて、有責な行為の処罰は、まさに予防の必要性によって制約をうけ、刑法解釈的にきわめて重要ではあるが、まだほとんど認められるにいたっていない帰結へと導いていく。それに対し、逆に、責任の刑罰限定的保障機能は予防の必要性に対して、過大評価される。何故ならば、有責でない行為の処罰のためには、刑事政策的目的適合性の観点からは、ほとんど何の動機付けも存在しないからである。他方、量刑責任に関しては、責任の規制機能が、刑事政策的に動機付けられた完全な予防の必要との一致にもかかわらず、前面におしだされる。何故ならば、それはその量によって、個人の自由のために、一般予防的な威嚇予防と特別予防的な処分予防とを限界付けるからである。また反対に、もし一層の反社会化の危険性がなくなりうるならば、責任の高さによって示された範囲を下回るように、刑の量を特別予防のさしせまった要求が制約する。²³⁾

このようにしてロクシンの「答責性」論は相当程度明確になったようにおもえる。ロクシン説における刑法と刑事政策との関係の意識的展開や従来明確にされなかった責任阻却の緊急避難の阻却理由などの刑法解釈学上の問題点の

解明等については十分評価されてよいとおもわれるが、なお私としてはロクシン説（「答責性」論）に対し、本質的な疑問を禁じえない。⁽²⁴⁾ 次章では、ドイツにおけるロクシン説の反響を論じる。

[注]

- (1) 拙稿「紹介、クリスチアーン・シェーネホレン『責任原則と一般予防観』」中京大学大学院生法学研究論集創刊号一六八頁。ロクシンのこのような視点をめぐっては、Claus Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2 Auflage, 1973, 斉藤誠三訳「クラウス・ロクシン著『刑事政策と刑法体系』(1)」改題法学三十一三五頁以下参照。
- (2) Claus Roxin, Einführung in die Grundprobleme des Strafrechts, Mit Anmerkungen von Seiji Saito, 1976, Sansyusya Verlag, S. 8—13. なお、ズトの民謡雑誌「ジュ」Vgl. ders., Sinn und Grenzen staatlicher Strafe (Jus 1966, S. 377ff.), in: ders., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, S. 1ff.
- (3) Claus Roxin, Einführung, S. 14f.
- (4) Roxin, *ibid.*, S. 16f.
- (5) Roxin, *ibid.*, S. 17f.
- (6) Roxin, *ibid.*, S. 18f.
- (7) Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, S. 27.
- (8) この点を拙稿「論者が、中川祐夫・前掲二六九頁」参照。
- (9) Claus Roxin, *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, *MochrKrim* 56. Jahrgang, Heft 7/8, 1973, S. 316ff.
- (10) Roxin, *ibid.*, S. 316f.
- (11) Roxin, *ibid.*, S. 318.
- (12) Arthur Kaufmann, *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens Strafrecht*, *JZ* 1967, Nr. 18, S. 555.
- (13) Roxin, a. a. O. (Anm. 9), S. 320f.

- (14) (15) Roxin, *ibid.*, S. 321f.
- (16) Roxin, *ibid.*, S. 323f.
- (17) Claus Roxin, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, in: *Festschrift für Heinrich Henkel*, 1974, S. 181.
- (18) ロクシンは「ノルトマー・カウフマン」も「ギムスルナー」も「ギムスルナー」は刑罰は責任によつたけ正当化されるというものでなく、共同生活にどうして必要とする法益の保護によつても必要とされねばならぬことを指摘している（ロクシン「斉藤誠二訳」責任主義の二面性と一面性」刑法雑誌二四巻一号三〇頁「Vgl. Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2 Auflage, 1976, S. 276.）。
- (19) Roxin, a. a. O. (Anm. 17), S. 181f.
- (20) ロクシン・前掲(注(18))三二一三六頁「Roxin, *ibid.*, S. 182—185.
- (21) ロクシン・同右三六一三八頁。なお、ロクシンは「ギムスルナー」(Gimbernath)も「責任能力と避けえない禁止の錯誤」について「刑法上の予防の必要の欠如から答責性阻却が説明されることを示す」と述べている(Roxin, *ibid.*, S. 185f. Vgl. S. 187f.)。
- (22) Roxin, *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, S. 279ff.
- (23) Roxin, *ibid.*, S. 307f.
- (24) 責任非難や体系的問題等があるが、次章のドイツでのロクシン説の反響とあわせて論じることにする。

二 ロクシン説の反響——西ドイツ

ロクシンの「答責性」論の登場は、西ドイツの刑法学において種々の反響を呼びおこした。⁽¹⁾以下にその中で重要な若干の論者を取りあげ考察する。

まず、ロクシンと同様に、責任と予防との関係を統一的に把握しようとするヤコブスの見解を取りあげる。ヤコブ

スは、責任は一般予防によって基礎付けられ、その予防に従って程度が測定される⁽²⁾、と述べる。責任モメント (Schuldmoment) は、間接的責任モメントである不法要件、とくに構成要件のメルクマールの分析や、責任によって媒介されたモメント、すなわち責任について開かれた刑の範囲の分析に關して補充される。しかし、それは、明らかに、構成要件と刑の範囲が目的とは無関係に理解される責任の単なる派生語ではないということであり、そこから責任は、その刑法的に重要な内容が目的關係的であると同時に、全く純粹にはなく決定されるということだけのために、純粹性を失なうのではありえないということである。ここでは、犯罪行為によって害された秩序期待の安定が、責任を導く決定的目的として証明されるのである。その場合、行為者の自律的能力は、価値判断の対象ではなく、規範的で社会心理学的な、しかし本質的に個人心理学的でないような器具主義 (Instrumentarium) の多かれ少なかれ暗黙的な処理の帰結についての記述方式である。そして、ヤコブスは、「責任の中に入り込む目的は、責任によって制約されえないし、また、目的が入り込んでいる責任が刑罰を基礎付ける。」「一般予防の派生語としての責任は、特別予防のために必要とされる刑罰を制約する。」と論じている⁽³⁾。

ヤコブスの独自性は、ロクシンが責任に刑罰限定機能のみを残し、あらたに体系カテゴリーとして「答責性」をもちだしてくるのに対して、責任そのものを刑事政策的 (一般予防的) に構成したところにある⁽⁴⁾。

次に、ロクシンやヤコブスのような従来の責任を刑事政策的に構成しようとする見解に対する批判として、第一にシュトラーターヴェルトの批判がある⁽⁵⁾。シュトラーターヴェルトによれば、ロクシン、ヤコブスの説は、責任判断と結びついている責任非難を欠く結果になるといふ。そして刑罰は本質上責任につながるから、責任主義はここでは放棄されざるをえないと述べる⁽⁶⁾。「新しい発展および発展の傾向は……伝統的な他行為可能性 (Andershande-Inkönnen) と道義的非難 (sittlicher Vorwurf) とに方向付けられた理解における責任主義の支配的立場を止揚す

るところにある。」ここでは、予防的観点、つまり「刑罰との目的合理的にコントロールされた関係 (zweckrational kontrollierter Umgang mit der Strafe)」が前面におしだされる。⁽⁹⁾そこで問題は、責任主義を予防的に構成しうるかどうかである。まず一般予防について、ロクシンは、責任能力と違法性の意識の必要性は、間接的に規範の動機付けの可能性を形成するものであるが、それが欠けるときの回避不可能な結果の惹起を威嚇して抑制するというのは無意味であり、刑罰は、こういう意味で、すでに一般予防的根拠から責任を前提としているとすると、行為者が規範に従って行為する可能性がないときでも、一般予防がつねに無意味になるというものでは決してないとする。それどころか、むしろ逆に、一般予防の観点が行為者の規範への服従可能性を左右するのである。一般予防的に必要とされる責任は本来の責任ではなく、ロクシンのいう責任は、実は「社会心理学的事実 (sozialpsychologisches Faktum)」であるにすぎない。⁽¹⁰⁾そしてその規準は、そのときどきの世論の状態である。特別予防について、シュートラーテンヴェルトは、改善 (Besserung) あるいは再社会化 (Resozialisierung) の他に、公共の保全という形式においても危険な行為者になされうることは明らかであると論じる。責任がない場合でも危険性はあることは当然ありうる。したがって、そこには保安要求が存在する。しかし、それにもかかわらず、危険な精神病者や禁止の錯誤が避けえない場合に、何故自由刑の執行が認められないのか。それは結局、刑罰とむすびつけられる非難のためであり、行刑における意味ある処分が原則として不可能であるからではない。⁽¹¹⁾

ロクシン説に一定の評価をあたえつつ、その問題性を指摘する論者に、ミュラー・ディーツがいる。⁽¹²⁾彼によれば、ロクシンが「新しい刑法上の体系カテゴリー、すなわち有責性というカテゴリーを導入したことによって、欠陥がしっかりとかつ人を納得させるように補填されたかどうかは、決して確かではない。」まず、ロクシンは一般予防ということを述べるについて、「社会心理学的作用や遠隔作用と実質的に関係をもった。」が、この種の効果は、

「経験的には捕捉することが困難であり」、「すぐには刑法の体系カテゴリーへは移されえない。」「何故なら、用語的にも、実質的にも、この概念と結びつくのは、むしろ、責任の意味での一定の態度に対する保証義務という観念である。」次に、ミューラー・ディーツは、「刑事政策の要素を刑法体系の中にとりこむことに対して、留保がなされる。そのようなものを取り込むと、特に経験的にはいまだ説明されず、少くとも充分には研究されていない予防の問題、つまり、一般予防の問題で刑法体系に負担をかける。従って、有責性の体系カテゴリーは、それ自体が刑罰目的の諸問題に關与する程度に依りて、明確さと有用さを失なう。かくして、刑罰を必要とする態度と、それを必要としない態度を互いに限定するカテゴリーの機能と力とが、疑問とされる。」と述べる。しかしながら、「ロクシンの着想は、殊に、これまで充分には説明されえなかった責任阻却事由、責任免除事由及び刑罰阻却事由の真に重要な意味内容を造り出すことに寄与している」ことも指摘するのである。¹¹⁾

最後に、ロクシンに対する徹底した批判者であるシェーネボルンの見解にふれておこう。¹²⁾ シェーネボルンは、ロクシンのように一般予防論を強調することによって、裁判官の可能な判決の限界が破られるおそれがある、とする。そして、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ムミング (Konditionalprogrammierung) 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 (Zweckprogramm) が登場する。しかし、たとえそう論じ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、裁判官はいぜんとして責任阻却の構成要件に規定される条件に拘束されると信じている。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。¹³⁾ シェーネボルンの批判の中心は、一般予防論はその限定基準を内部にもちえないから、裁判

官の可能な判決の限界が破られるという点にある。シェーネボルンには法治国原理を強調する点などで多少形式的側面があることも事実であるが、責任を回顧的にのみとらえる点にはすぐれた面があるといつてよいであらう¹⁴⁾。

ロクシンは、責任と予防との関係について、刑罰を基礎付ける責任については、責任があっても予防の必要性がない場合の免責を説明する点に自説の意図があった¹⁵⁾、としているが、予防の必要性を規制的に機能させようとする点で、わが国において展開される「可罰的責任論」に接近するとおもわれる。この点について次章で検討する。

〔注〕

- (1) 西ドイツにおけるロクシンの存在は非常に大きいものであることはすでに知られているところであるが、「西ドイツの刑法学は、ロクシンによって少し、かき廻されすぎているように思われる。」(宮沢浩一編『西ドイツ刑法学〔学者編〕』〔昭和五三年〕四九九頁)とする評にも注意が必要である。
- (2) Günther Jakobs, *Schuld und Prävention (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart: 452/453)*, 1976, S. 9.
- (3) Jakobs, *ibid.*, S. 31f.
- (4) 参照、阿部純二「最近の西ドイツにおける責任論の傾向」刑法雑誌二四卷一号九九頁以下。なおそこには、ロクシンとヤコブスの説と同じ動機をもつものとして、ヘルシャイドとハッセマーの「非難なき責任」の考え方が紹介されている(同九九頁)。
- (5) Günter Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, (Schriftenreihe/Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe: Heft 134)*, 1977. Vgl. ders., *Tatschuld und Strafzumessung (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart: 406/407)*, 1972. 中込たけ真編『責任原則の帰趨』(中込たけ真編『責任原則の帰趨』)——シユトラーターテンヴェルター、ロクシンの所説を中込たけ真——「Law School No. 7 三四頁以下」No. 8 八六頁以下参照。
- (6) Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, S. 25f.
- (7) Stratenwerth, *ibid.*, S. 28.
- (8) Stratenwerth, *ibid.*, S. 30f.
- (9) Stratenwerth, *ibid.*, S. 35f.

- (10) ハイנטツ・ミュラー¹¹ドイツ、宮沢浩一訳「刑罰の目的と刑の量定に焦点をあてた責任と予防との関係」刑法雜誌二三卷一―二号八五頁以下。Vgl. Heinz Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht (Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen Band 26), 1967. その他「ハイנטツ・ミュラー¹²ドイツ、中森喜彦訳」ドイツにおける責任論の現代的諸問題」同志社法学三〇巻四号九九頁以下があるが、ここでは最初の論文によりつつ検討するにとする。
- (11) ミュラー¹³ドイツ・同右九八一―〇二頁。
- (12) Christian Schönborn, Schuldprinzip und generalpräventiven Aspekt, ZStW. Bd. 88, S. 349ff. Vgl. ders., Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips, ZStW. Bd. 92, S. 682ff.
- (13) Schönborn, Schuldprinzip, S. 349―351.
- (14) 拙稿「責任と人格——初期メツガーの性格論的責任論を中心として——」中京大学大学院生法学研究論集創刊号六一頁、拙稿・前掲(第一章(注)(1))一六七頁、一六八頁。
- (15) 阿部純二・前掲一〇二頁参照。

三 「可罰的責任論」

「可罰的責任論」はまず宮本英脩博士によって展開された。¹⁴「責任の理論は畢竟行為又は結果を所縁とする非難又は処罰の契機(理由)を行為者の主観に求むるについて、更にこれをその如何なる事情に求むべきかの理論」である¹⁵と、その意義を述べる。宮本博士はこの意義の責任を「規範的責任」と「可罰的責任」とに区別する。まず、規範的責任については、「責任は、行為又は結果が行為者から出たものとして行為者に帰せられ、その結果として行為者が違法行為者として非難される理由、即ち物心連絡の契機であって、畢竟それは意思の違法という価値性」である。それでは可罰的責任とは一体何か。それは、「規範的責任を刑法的立場から可罰的なものとして見たというだけのもの

ではない。」可罰的責任には一定の事實が必要であり、その事實とは、刑罰を必要とし「刑罰に適する程度の反規範性の内部的躍動である」。従って、「一般規範的に違法と評価され得る程度の意思ではあり得ても、進んで刑法上可罰的な意思と判断され得る程度まで成熟し充実したものでない」という場合があることになる。規範的責任が「意思に対する適法違法の価値判断」であるのに、可罰的責任は「一つの事実的判断」である。⁽²⁾

このような宮本博士の見解は、「謙抑主義」からの立論であり、その点でロクシン説が独立に可罰的責任を問題としていることと類似性がある、とする論者⁽³⁾もいるが、宮本博士の見解には体系的な留保が必要であることや、「謙抑主義」の内容自体、非常に広いものであることを考えると、その類似性も容易に承認できるものではないようにおもえる。⁽⁴⁾

佐伯博士もまた、責任を規範的責任と可罰的責任とに区別する⁽⁵⁾。そして、責任の問題は前者におけるような規範的性質をもって尽きるのではない、とする。「刑法上の責任は、刑罰という国家の目的意識的な活動をよびおこす要件であるということからして、その内容も、刑罰目的による色づけあるいは規定を避けることはできないのである。」ここから刑事責任を可罰的責任として特殊化することが必要であると述べる。その特徴は、「行為者が単に法規範の命令・禁止を理解しそれに従って行為できたにもかかわらずそのように行為しなかったということだけでなく、さらにそれ以上に、そのような行為者の非難性が特に刑罰という強力な手段を必要とするほどに強く、しかもその刑罰をうけるに適するような性質のものであることである。」そして、この可罰的責任が具体的に機能する場面をとりあげ説明をくわえる。つまり、責任能力については、一般規範的な観念としては、「行為の正邪善悪を弁別し、それに従って行為しうるだけで足りるが、「可罰的責任能力は、「刑罰という強力な対策（それは劇薬にも比すべきものである）に耐えうるものとなっていることを要する」と述べ、故意・過失については、「一般規範的責任の問題としては、行

為者が現実には認識・意欲したところが重視されるが、可罰的責任としては、現実の認識・意欲との間にある程度のくいちがいがあってもさしつかえない。」と論じている。また、責任阻却事由についても、「適法行為を期待不可能にするもの」のほかに、「それを著しく低減させて刑罰による責任非難を不可能にするもの（可罰的責任阻却事由）」を認めている。⁽⁶⁾

このような佐伯博士の見解は、ロクシンが「処罰の必要性」を答責性阻却事由としてとらえる限りにおいて、ロクシン説とかなり接近するとおもわれるが、佐伯説の「可罰的責任」はもっぱら規制的功能をもつところにその意図するものがあるとおもわれるので、ロクシンが、刑罰を根拠付けるものとして処罰の必要性を認める点で、佐伯説とは決定的に乖離する。もっとも、佐伯説にあっても、故意・過失の説明で、可罰的符合説をとり故意の成立範囲を広げていくことについては、むしろ可罰的責任が構成的に働いているのではないかと疑わせることも事実である。さらに、佐伯説にあつては、責任非難の類型的構造としての原則型と例外型という型的思惟の使用と可罰的責任との関係、とりわけ、責任阻却事由としての期待可能性と可罰的責任との関係が問題となるようにおもえる。

〔注〕

- (1) 宮本博士の刑法理論については、鈴木茂嗣「宮本英脩の刑法理論」法律時報五一卷三号一三六頁以下に要領よくまとめられている。
- (2) 宮本英脩『刑法大綱』（昭和一〇年）一〇八一—一〇頁。
- (3) 浅田和茂・前掲二八九頁。ただし、浅田助教教授もロクシン説と宮本説との決定的相違を認めている。
- (4) 宮本博士は謙抑主義について次のように述べる。「それは刑法は有らゆる違法な行為に対して刑罰を以て臨まんとするが如き、謂はば不遜な態度を採るものではないということである。それは、一方に主観的違法の能力はあつても尚科刑に適するほど心神の成熟しない者がある外に、他方に既に刑法が犯人の改善の標準を通常人に置く以上、たとえ違法行為であつても、

吾々の社会生活に於ては刑を科すべく余りに一般的なものもあり、又初から全然不問に附して差支のない程度の軽微なものもあるからである。そして又更に刑法上の要求が度外視すべからざる伝統的な社会感情やその他の直接な国家政策上の必要に因つて譲歩を強いられるが如き場合も亦少くないのであるから、それにも拘らず、これ等の場合に強いて刑罰を以て臨むとせんか、却て社会全般にとつて好ましからぬ結果をもたらすであらう。」(宮本英脩・前掲一六頁)

(5) この場合でも、宮本説との間に体系的留保が必要であらう。

(6) 以上の佐伯博士の見解については、佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(昭和五六年)二二二―二三頁。

(7) 佐伯千仞・同右二二七―二八頁。

(8) 佐伯千仞・同右二八三―三四頁。ここではおそらく、「可罰的」という言葉の中にどのようなものを含ませるかが問題となる。

おわりに——現代責任論の展望

以上、ロクシンの「答責性」論の概要と、それに対する西ドイツでの反響、わが国におけるロクシン説と同じ方向性をもつといわれる「可罰的責任論」を論じてきた。ロクシン説が刑罰目的論を実質的責任概念とし、責任(伝統的な)の中には刑罰限定機能だけを残す、という基本的理解にはおそらく誤りはないとおもわれるが、ロクシン説にも多少の理論的変遷があるようにもみえるのである。第二章でも論じたように、犯罪論体系中の責任論を、もっぱら「処罰の必要性」すなわち特別あるいは一般予防の必要性におきかえることに対しては批判が強いのであるが、ロクシンは最近の論文で、答責性の中で責任と予防の必要性とは共に構成要素であり、刑罰を基礎付ける責任では予防が責任を制約し、量刑責任では責任が予防を制約すると述べ、従来他行為の可能性があるにもかかわらず責任阻却が認められていた場合を合理的に説明することを意図していたことを示唆するわけであり、ここにおいて多くのロクシン説に対する批判もその態度をやわらげるとおもわれるし、さらにここでは佐伯博士の「可罰的責任論」にいちじる

しく接近することになるのである。ただ、ロクシンが「処罰の必要性」を規制原理であるとともに構成原理としても用いている点では、第三章で述べたように、佐伯説と決定的に乖離する。ロクシンが刑罰目的論を直接的に責任にとりこむ、すなわち構成的に機能させる点では、なお批判は厳しいとおもわれる。もっとも、佐伯博士の「可罰的責任論」のように、予防目的を規制的に機能させることができるかどうかは問題である。たとえばシェーネボルンは、予防（とくに一般予防）には刑罰限定機能はほとんどないと述べているのである（第三章参照）。

現代刑事責任論においては消極的責任主義が強調されている。しかしながら、消極的責任主義が許されるのは、責任があるにもかかわらず、すなわち他行行為の可能性があるにもかかわらず何らかの理由で責任が阻却される場合に限られる。ロクシンや佐伯博士の理論はこの問題にとりくむものであり、方向としては正当なものがあるといえよう。しかし、構成的にせよ規制的にせよ、刑罰目的論を責任論の段階にもちだしてくることは体系的混同があるようにおもえるし、すでに述べたように、予防目的が規制的に機能しうるかどうかは問題である。それでは一体どのように責任を構成すべきであろうか。さしあたり、「責任贖罪刑法」を主張するパウマン、カウフマンの見解が参考になるとおもわれる。すなわち、パウマンは、「贖罪は、社会的に有用な仕事を提出することにより、法的共同体に不愉快なことをすることであり、こうしてこそ「行為の社会的に有害な成果が弁償されるのである。」と述べ、贖罪は「害悪をあがない、回復することであって、単に苦痛（刑）に耐えることではない。」が、「悪をとがめだてる制度にとどまらねばならず、「善行が合目的かつ合理的に形成され、それが盲目的に入れられたり、形成されたりしないように注意すべきである。」と論じ、またカウフマンは、「我々は責任に『むくいる』ことはできず、最近好んでいわれているように『調和させる』(ausgleichen)ことも出来ず、我々は、責任を自己負責的にひき受け、かくて責任から自かからを解放することができる。これこそが贖罪といわれるもの、ただ贖罪とよばれるはずのものであ

る。贖罪は、ごくわずかに応報と関係するが、復讐とは関係しない。しかし、贖罪は、恐らく、社会復帰とかなり関係がある。」と述べる。もちろんこの見解が、前述したような意味での消極的責任主義と真に結び付きうるかどうか今後の課題であることを指摘して本稿の結びとしたい。

[注]

- (1) 中川・前掲二六九頁、浅田・前掲二九〇頁もこの点を指摘する。
- (2) Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 279ff.
- (3) 第一章参照。なお、この点を指摘するのは、阿部純二「最近の西ドイツにおける責任論の傾向」刑法雑誌二四卷一号一〇一頁である。
- (4) ユルゲン・パウマン、宮沢浩一訳「責任と贖罪」刑法雑誌一九卷一一二号一五頁。
- (5) アルトゥール・カウフマン、宮沢浩一訳「責任刑法と社会復帰」同訳編『刑事法学の諸問題』(昭和五三年)一二五頁。

過失共同正犯論について

横 瀬 浩 司

目 次

- 一 はじめに
- 二 共同正犯の特性——意思の連絡——
- 三 過失行為の本質
- 四 判例の動向
- 五 むすびにかえて

一 はじめに

本稿の目的は、過失犯の共同正犯の成否をめぐる学説および判例の動向¹⁾を考察し、もし、過失犯の共同正犯の成立を肯定するとしたならば、どのような理論的根拠によって肯定されるか、その理由づけを整理するための予備的作業を課題とする。すなわち、先ず、第一に、行為共同説²⁾過失犯の共同正犯の肯定、犯罪共同説³⁾過失犯の共同正犯の