

# 責任、贖罪および再社会化(四・完)

鈴木  
晃

## 目次

- 一 問題の所在と本稿の目的
- 二 定義
  - (一) 責任(以上第三号)
  - (二) 贖罪
  - (三) 再社会化(以上第四号)
- 三 責任概念の歴史的変遷
  - (一) 啓蒙主義時代
  - (二) 学派の争い
  - (三) メツガーとポッケルマン
  - (四) 日本における展開
  - (五) 小括(以上第五号)

#### 四 「責任主義」の諸相（以下本号）

- (一) 「責任主義」の意義
- (二) 「責任」の刑罰限定機能
- (三) 「責任」の刑罰構成機能
- 五 「責任主義」の機能的分析
  - (一) 責任理念
  - (二) 刑罰を根拠付ける責任
  - (三) 刑量あるいは量刑責任
- 六 責任「贖罪」と再社会化行刑
- 七 「責任主義」の限界
- 八 おわりに

#### 四 「責任主義」の諸相

##### (一) 「責任主義」の意義

「責任主義」を端的に表わす標語としては、「責任なければ刑罰なし」とか、あるいは量刑まで視野を広げて「責任がなければ犯罪がなく、刑は責任の重さに比例しなければならぬ」というものがある。<sup>1)</sup>ところが、「責任主義」の意義・内容ということになると、必ずしも意見の一致をみないというのが現状である。これは各論者の主張する責任観の相違によるものと思われるが、さらに、刑法の在り方や「犯罪」自体のとらえ方にも影響されるような、非常

に広い視野をもった問題性のあるものであると思われる。そういう意味では、「責任主義」あるいは責任論はそれを論ずる者の数ほど存在するともいえるし、それはまさに「泥沼」<sup>(2)</sup>であろう。しかしながら、我々はその泥沼から何とかして這い上がらねばならない。最近の刑事政策的あるいは予防的観点より刑事責任論をとらえ直すアプローチは、その一方法を示すものとして、重要な示唆を与えるものである。それは、「責任」に刑罰限定作用だけでなく、刑罰構成作用をも認めようとする考え方<sup>(4)</sup>と必ずしも矛盾するものではなく、基本的には同一の方向性をもつものと評価されよう。ただ、それが一方において積極的責任主義におち入ることになったり、他方において「責任」を否定してしまふようなことになったりするのは、第三章で考察したように、「責任」のもつ歴史の意味を見失うものと考え<sup>(6)</sup>る。

ところで、「責任主義」といった場合、「責任なければ刑罰なし」という消極的責任主義と、「責任あれば刑罰あり」という積極的責任主義とが区別され、現代刑法学の立場からは前者しかありえないと指摘されてからすでに久しい。平野博士は、この消極的責任主義を「刑罰が効果を発揮できるような心理的要素すなわち故意、過失あるいはさらに責任能力・期待可能性などが具わっていない行為は処罰の対象とはしない、という原則である。」<sup>(7)</sup>とされた。したがって、それは「犯罪の成立を制限する原理であり、いわば『制限的原理』である。」<sup>(8)</sup>ととらえられることになるのは当然である。反対に、積極的責任主義は一種の拡張的原理であり、そこでは保安目的の強調が特徴的である。<sup>(9)</sup>これが道義的責任論と必然的関係にあるかどうかは一つの問題であるが、これを現象としてみるならば、そこにはやはりある種の「なじみややささ」が存在していたということが許されよう。たとえば、責任において倫理性を強調するアルトウール・カウフマンは、責任の程度を下回る刑が責任主義に反するものではないし、「責任なければ刑罰なし」が「刑罰なければ責任なし」に置き換えられるものではないことを、<sup>(10)</sup>一応、認めるが、責任主義の意味は刑罰が責任を前提す

るところにあるばかりでなく、責任が刑罰を要求するところにもあることを主張するのである。<sup>19)</sup>「責任主義」をどのように把握するかは、結局のところ、「責任」をどのように理解するか、ということに基本的には依存しているのである。

消極的責任主義と積極的責任主義との区別の明確化は、実践的目的をもっていたにもかかわらず、現実にはそのスローガンの色彩のためか、「責任」のとらえ方に明確な影響を及ぼしたとはいえないようにも思える。それは、「責任主義」がどちらかといえばむしろ「責任」そのものよりは、解釈論的興味からその発現形態に重点が置かれていたことに起因すると思われる。西原教授は、責任主義の三つの発現形態を区別し、「その第一は、行為者は責任のない結果について刑を科せられない、という形態、その第二は、行為者は責任のない結果について刑を加重されない、という形態、その第三は、行為者の危険性は、それだけでは刑の加重原因とならない、という形態がこれである。」<sup>20)</sup>とされるが、これがふつう責任主義の貫徹と呼ばれている問題意識に基づくものであることは明らかである。具体的には、法人犯罪における両罰規定、行政犯における明文なき過失犯処罰、違法性の錯誤につき過失のない場合、原因において自由な行為、結果的加重犯、常習犯の加重処罰などについて、それが問題となってくる。<sup>21)</sup>しかしながら、それらは、むしろ「責任」の基本的理解とも関係するものであり、単に故意、過失、責任能力という責任の要件をすべて犯罪に要求するというだけで問題が解決されるものではないことに注意が必要である。いずれにしても、「責任主義」はこれらの問題領域を含んだ広い意味で把握されるべきものである。<sup>22)</sup>これを広義の責任主義と呼ぶことが許されるよう。従って、責任主義の貫徹という場合の責任主義は狭義の責任主義ということになる。本稿では、広義の責任主義を「責任主義」として検討するものである。

西ドイツにおいて、憲法原則にまで高められている「責任主義」は、<sup>23)</sup>一般に「責任なければ刑罰なし」という消極

的責任主義をいうものとおもわれるが、それが「責任主義」の機能という視点からみて、「責任」の刑罰限定機能と容易に結び付くことは否定できないものと思われる。ところが、一方、「責任」の刑罰構成機能との関係はどうかという問題になると、かなり困難な問題がそこにはあるように思える。つまり、「責任」が積極的に刑罰を構成する性質・機能を有するものならば、「責任」がある以上、必ず刑罰があるということになり、それは結局、積極的責任主義を意味することになるのである。しかしながら、もし「責任」に刑罰構成機能を認めないならば、実質的に「責任」と刑罰は分断され、何の関係もないものとなってしまう<sup>18)</sup>。これが不当な結論であることは、「犯罪」が構成要件該当性、違法性、有責性の三要素を有するもので、そのような三要件をもつ「犯罪」だけが処罰の対象となることから考えて明らかである。ここに一つのジレンマがあるのは当然であろう。人格責任論の困難性はそれを直接表わすのともいえるのである<sup>18)</sup>。

そこで、「責任」の刑罰限定機能と刑罰構成機能とをどのようにとらえるべきか、次項以下で検討することとなる。

〔注〕

- (1) 宮澤浩一「責任主義」中山・西原・藤木・宮澤編『現代刑法講座第二巻違法と責任』（一九七九年）一七〇頁、大谷實『刑法解釈論集Ⅰ』（一九八四年）七八頁。
- (2) 大谷実『人格責任論の研究』（一九七二年）まえがき。
- (3) 拙稿「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——」中京大学大学院生法學研究論集第 二号四六頁以下参照。
- (4) Heinz Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967, S. 33. Vgl. Arthur Kaufmann, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, JZ. 18, 1967, S. 556f.

(5) 中山教授は、「たしかに責任は刑罰限定作用のみでなく、刑罰構成作用をもになうべきであるという考え方は、正当な側面をもつものであることは疑ないところであるが、その内容が積極的責任主義におち入らないための保障を欠いては、限定作用と矛盾し、むしろこれを超える方向に動く可能性がある」（中山研一「書評・大谷実著『人格責任論の研究』」（昭四七・慶応通信）「同志社法学」二四卷一〇三頁）とされるが、現代刑事責任論においては、右の「保障」の模索が最重要課題といえよう。さらに、その「保障」は、「責任」の実質的内容という側面からばかりでなく、構造的側面からも考慮される必要があるように思える。

(6) Günther Jakobs, Schuld und Prävention (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, 452/453), 1976, insbes. S. 9 und 31f. なお、大山弘「責任と予防に関する一考察——可罰的責任評価をめぐって——」関西大学法学論集三一巻五号八五頁は、ヤコブスは一般予防目的からの刑罰に対する歯止めを考慮しておらず、結局は英米法上の厳格責任にいたるとするが、ヤコブスのいう一般予防は、「実質的責任概念をなぞるものとして有益であり」、秩序の回復のみを前提とするのであってそれは「法規範の内容を明確にし、法規範への信頼は正しいと宣言すること」なのであるから、「責任原理とは矛盾しない」として一定の評価を与える論者もいることに注意が必要である（林美月子「情動行為と刑事責任（一）」神奈川法学一八巻二号三八、四一頁）。

(7)(8) 平野龍一「刑法改正草案の総括的批判（一）」法学協会雑誌八九巻一号六頁。

(9) 平野、同右六一八頁。

(10) 参照、真鍋毅「戦後刑事責任論の軌跡——道義的責任論の立場から——」刑法雑誌二四巻一号六三—六九頁（同『現代刑事責任論序説』（一九八三年）九—一四頁）。中山教授も、道義的責任論に刑罰権制約の機能を認められている（刑法雑誌二四巻一号「第五五回刑法学会共同研究「戦後刑事責任論の軌跡」討論要旨」一〇五頁）。

(11) Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2 Auflage, 1976, S. 127-130. また、カウフマン『責任の原理』(著者) W. Weizel, Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, ZStW. Bd. 67, 1955, S. 198. また、Peters, Grundfragen der Strafrechtsreform, in: Peters-Lang-Hinrichsen, Grundfragen der Strafrechtsreform, 1959, S. 32 und 37ff. を引用する。ヴェルツヘルにあっては、違法における行為無価値と責任における道義的責任の典型的な結合を見ることができ、平野、前掲一一頁は、

「理論的にいっても、責任が倫理的な責任であるとすれば、違法性もまた倫理の違反ということになるのが当然である。」とする。しかし、そこにはたして本当に論理的必然性があるかどうかは疑わしい。この点について、前田雅英『可罰的違法性論の研究』（一九八二年）二六七頁は、「責任のレベルで行為無価値を重視すること、違法性のレベルで結果無価値を重視することは何ら矛盾しないばかりか、処罰範囲明確化の為の望ましい合理的な機能分担だと考えられる。」と論ずる。これは、可罰的違法性と可罰的責任の意味を考へる上でも十分参考に値するものと思われる。

- (12) Kaufmann, a. a. O., S. 205. ただし Arthur Kaufmann, Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Warda, Waider, Hippel, Meurer (hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 32, insbes. Fn. 22. 以下これをみる程度修正されるべきである。

- (13) 西原春夫「責任主義の原則をめぐって」法律時報三八巻七号二五頁。

- (14) 参照、川崎一夫「『刑法における責任主義』序説——責任主義の発現形態——」法研論集三号六九頁。なお、ここでは、犯罪論的評価に関する責任主義と刑罰論的評価に関する責任主義（量刑における責任主義）とに別けて考察されている。この点については、次章の機能的分析において参考にされる。

- (15) 責任主義に相当するドイツ語は、Schuldprinzip であるが、これをドイツでは本文のように広く意味でとらえていくことはできない。Vgl. Maurach-Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, Ein Lehrbuch, 1983, S. 84-86; Hans-Heinrich Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1978, S. 328ff; Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1982, S. 33, 38 und 185; Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, 1983, S. 399-401; Schönke-Schröder-Lenckner, Strafgesetzbuch, Kommentar, 21. Aufl., 1982, Vorbem. §§ 13ff, Rn. 103ff. 最近のモノグラフは、Walter Kargl, Kritik des Schuldprinzips, Eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht, 1982, S. 198-236, 375-401; Uwe Scheffler, Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts, Die Voraussetzungen der Verwertbarkeit Kriminologischer Erkenntnisse im Strafrecht, 1985, S. 36-44.

- (16) Schmidhäuser, a. a. O., S. 38 und 183. なお、この点については、阿部純二「刑の量定の基準について」法学四一巻四号四四—四七頁。

(17) そうなると刑罰はかろうじて不法の量と質とに關係をもつにすぎないものとなろう。

(18) 本稿第三章参照。

(二) 「責任」の刑罰限定機能

大谷教授は、「刑法を可能なかぎり価値中立的なものとして把握し、刑罰を純粹にコントロールの手段として観念しようとする立場からは、刑罰前提たる責任にいかなる内容を盛りこもうとも自由である。その意味で、伝統的な責任観念を露骨に否定し、それを刑罰目的に從属させようとする論者が出ることは、当然のことなのである。」<sup>(1)</sup>とされた。もちろん、刑法を社会コントロールの一手段ととらえること自体については、とりたてて異議をさしはさむものではないが、問題となるのはその帰結である。責任にかえて一般予防や特別予防の必要性を持ち出すとして、その限定を何によって、どのように行いかか不明確であると思われるのである。ハッセマーは次のように述べている。「責任主義は、今日、理論上も実務上も、効果的な刑事政策への関心を通して強調される。その責任主義の放棄できない任務を明らかにし弁護することが重要である。その任務とは、主観的帰責の可能性、不慮の事故についての負担 (Haftung) の免除、外的事象への内的関与の段階の識別と評価および比例性のある刑法上の効果の保証である。これに対して、今日、責任主義の名の下で行為者にくわえられる責任非難は、理論的に支持できないし、また実務的にも有害である。刑法は責任非難を放棄すべきである。」<sup>(2)</sup>ここで明らかのように、責任非難を放棄し、処罰の必要性をそれにおきかえたとしても、刑罰限定機能は放棄されず、ただそれが比例性の原則によって行われうるのである。そして、責任非難が放棄される基本的理由として、それが犯罪に対する個人の責任だけを追求し、社会の責任を忘却するものであることをあげるのである。<sup>(3)</sup>また、吉田助教教授も、これらの問題に関連して、「社会復帰の理念は、行為の違法性と均衡のとれない、長期の拘禁が許されないという罪刑の均衡の観点から制限されねばならない。」(傍点——引用

者)とされ、この均衡の原理は、「目的達成のための手段を選択する際には、目的と手段との間に比例のとれたものでなければならず、とくに、社会と個人にもっとも負担の少ない手段が選択されねばならないことを意味する。」と論じられる。<sup>(4)</sup>そして、この均衡の原理も刑罰制限原理としての「責任主義」も、「実践的には同一の帰結をもたらす」とされた上で、「論理的に、構成原理を前提としない制限原理としての責任主義を考へることはできず、実質的にも、刑罰も改善、保安処分も行為の違法性(回顧的)を前提とするものであり、その執行目的は社会復帰(展望的)にあるから、刑罰制限原理としての『責任主義』を維持する必要性は存在しない。」と結論付けられている。<sup>(5)</sup>このように、予防原理に内在する限定機能にはほ完全な(あるいは盲目的な)信頼をおく見解も、理論的に全く不可能であるということはできないのであるが、実際問題として、法益侵害を基礎に、行為者への主観的帰責を問題にする責任非難の考え方が、将来の予期できない事情まで考慮しなければならぬような予防原理にくらべて、その判断プロセスに安定性あるいは確実性を与えるように思われる。<sup>(6)</sup>個人的「責任」を無視した比例性の原理あるいは均衡の原則は、むしろ憲法原則にまで高められたものであるので、具体的個別的な刑罰の限定機能をそれに期待するには多少無理があるといえる。<sup>(7)</sup>また、「社会復帰」刑と「行為の違法性」との均衡を考へる場合、たとえ神話的なものと批判されるにせよ、「責任主義」を維持しないとするなら、現在考えられている責任非難の程度をはるかにこえた刑が科されない保障はいったどこにあるのであろうか。犯罪論の体系上、構成要件該当性、違法性、有責性と段階が進むにつれて、犯罪成立は限定的になっていくわけであるが、違法性と刑罰を直接結合させるアプローチは、理念的にみても、実際問題としてみても、処罰を拡張しこそすれ、決して限定するものではないと思われる。このことは、常習犯や累犯に関して、佐伯博士が「それらの責任に還元できぬ法定の加重事由としての危険性は責任要素としてなく、むしろ違法性の要素といふ見地から考察すべきものである」といわれていることや、内田(文)教授が「常習

犯・累犯の重刑の根拠は、単に『責任』の重さにあるのではなしに、すでに『違法』の重大さに求められうるものであ<sup>10</sup>るとされているところから明らかであろう。ロクシンにおいても、「責任主義」が全面的に放棄されているのではなく、その刑罰限定機能だけは維持しているのであり、その機能を営む限りにおいて、「責任主義」は行為者に有利なものとなる<sup>11</sup>と論じ、「責任主義」の一面性を強調しているにすぎないのである。しかし一方では、「刑事政策的側面から」みると、「日常用語上の道徳非難の意味に基づいた (aufgrund seiner moralisierend-vorwertenden umgangssprachlichen Bedeutung)」あまいまいな「責任概念を刑罰限定の目的のために保持するのは」「問題であると思われる」とする論者も少なくはない<sup>12</sup>。だが、すでに主張したように、責任非難を放棄した場合、その後は何を限定原理として認めるかという点で大きな困難性に行きあたるのである。やはり、「責任主義」は少なくとも刑罰限定原理として放棄できないものであるし、「国家刑罰権の制限のための、法治国にとって不可欠の手段」である<sup>13</sup>。比例性の原則ないしは均衡の原理を徹底していけば、人間以外の動物についてまで刑罰を考慮せざるをえなくなる可能性もないではない<sup>14</sup>。もちろん、そこまで主張するつもりも、理由もないのではあるが、しかし、これらの原則が没入間的あるいは没価値的なものであり、人権感覚にとほしいのではないかとも思えるのである。

すでに述べたように、「責任」に刑罰限定機能を認めるとしても、「責任」を構成するものが何であるかという、「責任」の内容が示されなければ、それは実質のない標語的意味しかもたないものとなる。大谷教授は、「責任刑をかくように刑罰の目的観念を現実<sup>15</sup>に具体化する場合の限界領域と解する立場による以上は、責任と刑罰のあいだに、何かの意味で共通する要素がなければならぬ。なぜなら、両者が別個の原理でつらぬかれている以上、もはや責任を超越した刑罰を阻止することは不可能だからである。」(傍点——引用者)と述べられているが、教授の「人格責任論」の当否はともかくとして、そこには多くの示唆が含まれているといえよう。たとえば、裁判段階において、有罪

・無罪や刑罰の量と質を判断するについて、徹底的に回顧的なアプローチがとられたとするならば、行刑段階においても回顧的な応報刑のみが追求されねばならないと解するのが論理的であり、それを裁判段階においては回顧的に、行刑段階においては展望的に問題を解決しようとするのは背理であって、胎を出しておいて手を出す者を鞭で打つようなものである。また、そのような段階ごとに基本原理をかえてしまうアプローチは、大きくとらえれば、三権分立の精神に反するともいえるし、何よりも責任を超越した刑を阻止することができなくなるのは根本的に問題があるといわざるをえない。

それでは、それに対する解決の試みとしてどのようなアプローチがあるであろうか。おそらく、それは二つの方向で考えられうるものと思われる。その一は、行刑をできうる限り応報的にとらえ、処遇理念を完全に排除する方向である。刑罰目的を、「過去の犯罪をめぐって生じた動揺の除去という犯罪処理機能に重点を置く立場」<sup>19)</sup>も、若干の留保が必要となるが、方向性としてはこれに属するものとみてよいであろう。このアプローチの当否について詳細に検討することは本稿の目的からは避ける他ないが、その基調は、やはり「絶望的（あるいは諦観的）行刑観」であり、「行刑の将来を展望する改革につながるものとは考えられないので」<sup>20)</sup>、これを採用することはできない。むしろ、「立法と実務の状況からみると、行為責任にもとづく量定を原則としつつ、いわばその枠内で特別予防的な合目的考慮を加味するという形が支持されて」おり、「行刑のあり方については、受刑者の改善更生を中心に置く特別予防の考え方が支配的である」<sup>21)</sup>るのである。そこで、その二としてあげられるアプローチは、行刑を予防的に把握しつつ、「責任」に予防的考慮を何らかの形で入れていく方向である。これには四つの方向が考えられる。まず、第一としてあげられるのは、「責任」そのものを否定してしまふものであるが、これが不当であることはすでに述べた。第二に、「責任」概念を予防的に構成するものである。多くの人格責任論の試みはここに属することになる。第

三は、刑罰を構成するものとしての「責任」を否定する点では第一のものと同じであるが、責任に刑罰限定機能のみを残す点で異なる、ロクシンの考え方である。<sup>(4)</sup> 第四は、「責任」に刑罰限定機能と刑罰構成機能とを認め、かつ両機能は矛盾するものではないとする考え方である。第二の立場も同一方向を目指すものといえるが、この第四の立場は、「責任」を伝統的な行為責任の意味でとらえ、予防の必要性を阻却する方向でのみ承認することにより、消極的意味において刑罰構成機能を考え、理論的整合性を図る点で異なる。ただこの立場において、理念的レベルで「限定」と「構成」が矛盾しないとしても、現実的レベルにおいては、やはり「その間の優劣と順位をつけなければならぬであらう」<sup>(5)</sup>。

私見では、第四の立場が妥当であると思われるが、次節において、「責任」の刑罰構成機能の内容を検討すると共に、次章以下において、右の最後の問題点について考察をくわえることによって、その論拠をあきらかにしたいと思う。

〔注〕

- (1) 大谷、前掲書(注〔2〕)三四七頁。
- (2) Winfried Hassemer, Alternativen zum Schuldprinzip? in: Baumgartner und Eser (Hrsg.), Schuld und Verantwortung, Philosophische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit menschlichen Handelns, 1983, S. 107.
- (3) Hassemer, a. a. O., S. 104.
- (4) 吉田敏雄「刑罰と行刑に関する刑事政策的考察——行動主義(学習理論)の視点から——」北海学園大学法学部十周年記念論文集『法学政治学の課題』(一九七七年)一〇二頁。
- (5) 吉田、同右一〇三頁。
- (6) Christian Schönborn, Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt, ZStW. 88, Heft 2, S. 359.

- (7) Heinz Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, 1979, S. 23. 邦訳『ハインツ・ミュラー  
ー・ディーツ、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」刑法雑誌二三卷一―二号九五頁。
- (8) 内田文(×)教授は、「行為者の法的責任は、刑罰の量を低減させる方向で機能する」とか「責任論は、減軽の理論」であると  
なされている(内田文昭『刑法I(総論)』(一九七七年)四一、八八頁)。
- (9) 佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想(増補版)』(一九八五年)六一五頁。もちろん、この見解に対しては、帰責を  
問題にしないのは、犯罪論と刑罰論とを分断するものであるとか、「存在自体が法秩序の脅威」であるという思想は支持する  
ことができないなど、いろいろ批判がある。参照：大谷、前掲書(前節注〔2〕)二〇五頁。
- (10) 内田、前掲書二二二頁。
- (11) Claus Roxin, Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, Monatsschrift für Kriminologie und  
Strafrechtsreform, 56. Jahrgang, Heft 7/8, S. 319-321. 邦訳『C・ロクシン、宮沢浩一監訳『刑法における責任と予防』  
(一九八四年)五七一―六一頁。なお、ブッシュマンも「責任と予防が矛盾しないことを示しつつ、放棄できるのは刑罰を基  
礎付ける責任である」と述べている(Hans Achenbach, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, in: Bernd  
Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 150f.
- (12) クラオス・ロクシン、斉藤誠三訳「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。
- (13) Scheffler, a. a. O., S. 135f. Vgl. Franz Streng, Psychoanalyse und Strafrecht, Monatsschrift für Kriminologie  
und Strafrechtsreform, 59. Jahrgang, S. 82; Kargl, a. a. O., S. 376f.
- (14) Claus Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: ders., Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S. 22.  
邦訳『C・ロクシン、前掲書三六頁。Vgl. Bernhard Hafke, Wird das materielle Strafrecht von dem geplanten  
Strafvollzugsgesetz unterlaufen? Über die Antinomie von sozialer Verantwortung und mißglückter Sozialisation,  
Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 58. Jahrgang, Heft 1, S. 49f.
- (15) ハフトは次のように述べる。「責任主義は、不法と責任とがたがいに相応する(entsprechen)こと、および、刑罰は責任  
が存在する場合にのみ科せられるべきこと」を要求する。これは人間の個人的本質に基礎付けられる。動物(Tier)ではな

く、人間にのみ責任のカテゴリーが存在する。そして、人間にのみ、責任に当然に答えるものとしての刑罰のカテゴリーがある。」Fritjof Hafv, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1984, S. 106.*

(16) 拙稿「責任、贖罪および再社会化(一)」中京大学大学院生法學研究論集第三号四二頁参照。

(17) 大谷、前掲書(前節注〔2〕)三四六頁。

(18) その批判については、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學研究論集創刊号七三—七四頁参照。

(19) マロイは、「応報」という言葉の意味を、ジョン・コッチャングハム(John Cottingham)に従って、(1) repayment of a debt to society (2) just desert (3) reference to a past offense (4) restriction of punishment to the culpable (5) satisfaction of societal expectation (6) preservation of salutary social practices (7) placation of guilt (8) annulment of the crime (9) denunciation by the community of the crime の5つに分類し、そのうち支持を得ているものとして、特定の犯罪について罪のある者の処罰に国家刑罰権を限定すると言う意味の just desert と犯罪と刑罰との間に何らかの同等性(equivalence)を要求する proportionality とを認めよう(Edward A. Malloy, *The ethics of law enforcement and criminal punishment, 1982, p. 52.*)。

(20) 吉岡一男『刑事学』(一九八〇年)一五二頁。

(21) 吉岡教授は、「不正に対する正の回復、正義の実現といった抽象的なことがらが、それ自体として刑罰を正当化するという絶対主義、あるいはその意味での応報刑主義は、「あまり意味がない」とされ、「過去の犯罪を処理し、一定範囲の人々が共同社会生活を営むに必要な情緒的安定を取り戻すこと」が重要であるし、「この意味で、相対主義・目的刑主義が正しいと思われる。」(吉岡、同右一六〇—一六一頁)と主張されている。さらに、「個人を対象にする強制的働きかけを犯罪予防としての犯罪対策の名のもとに実施することには重大な疑念が感じられる」としつつも、「このことが、当該個人の発意のもとに、彼の個人的問題の解決を目指す諸療法等が、彼による犯罪行為を防止・減少させる可能性を有しうることまで否定するものでないことは勿論である。」(吉岡、同右一四二—一四三頁)と論じられるのである。必ずしも理解は容易ではないし、「情緒的安定の取り戻し」は、威嚇的でない規範的・一般予防をおもわせるものがあるが、本稿の問題意識のもとでは本文のようにとらえることもそれほど不当とはいえないように思える。なお、書評として、菊田幸一「吉岡一男著『刑事学』」法律時報五

二卷九号一一三—一一五頁がある。

(22) 森本益之『行刑の現代的展開——監獄法改正と行刑の社会化——』(一九八五年)一九五頁。

(23) 森本、同右三一頁。

(24) ロクシンの見解およびその変遷は微妙であるが、最近では、むしろ第二のものに接近しているのではないかと思われる。

Vgl. Claus Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 297-300. 邦訳、C・ロクシン、前掲書二〇五—二一〇頁。なお、ロクシンは、そこにおいて刑罰を規範への感応可能性 (normative Ansprechbarkeit) があるにもかかわらず、規範に反する行動をなしたことに對して科される予防的反作用であるとし、規範により動機付けられない者を処罰することができないのは、責任主義からみても刑事政策からみても結論において一致すると述べるのである。

(25) 中山、前掲書評一〇一頁。

### (三) 「責任」の刑罰構成機能

アルトゥール・カウフマンの言うように、刑罰を限定する要素は、同時に刑罰を構成する要素である<sup>(1)</sup>と思われるので、これを形式論理的に一貫させると、「責任」に刑罰限定機能を認める者は、同時に刑罰構成機能を認めることになり、一方、「予防」に刑罰限定機能を果させようとする者も、同時にそれが刑罰構成機能をもつことを承認することになると考えられるのも当然の帰結であろう。したがって、「今日の刑事思想からすれば、責任は、科刑の基礎ではなく、そのための不可欠な前提であり、とりわけ、量的に科刑の上限を画するというに本質がある」とする一方で、「科刑の基礎となり、これを構成するものは、むしろ、社会的必要による予防の観念であり、その観念に導かれた予防原則である。」<sup>(2)</sup>と考えるにしても、科刑の基礎となりそれを構成するもの以外のものによって科刑の上限を画することはできないし、また逆に、科刑の上限を画するものは、同時に科刑をも構成するのである。もしこの帰結

を認めないとするならば、実質上、責任を上回る刑を否定することはできないであろう。現に、平場博士は、「責任は、直接、刑の質量を決定するのではなく、その根底であり、具体的刑罰はその効果をはかって決定されるものである。」という立場から、「責任を果たさせる上でそこまでの負担は止むをえないという場合には、一見、行為責任の量と見られるものを超えることもある。」とされているのである。<sup>4</sup>そこで、<sup>4</sup>「責任の大なるものは刑罰も大であり、責任の小なるものは小さい」という、伝統的な「責任主義」の観点からみると、かなり緩和された形のものと考えられており、しかも、それについては、「刑の量定で考慮せられるものはすべて責任に基礎をおくものであって、責任以外の考慮が直接に刑を決定するものではなく、その意味では責任を逸脱するものではない。」と論じられているのである。<sup>5</sup>このような見解は、累犯加重や常習犯の加重の制度を意識してのものであるが、そのような制度に限定されるものでもないのである。この点については、大谷教授が、「責任主義の法治国的性格を強調するものも、今やそれは単に刑罰の基礎を提供するにすぎず、その種類・量は、一般予防・特別予防・正義感情の満足といった多元的要因によって決定されるとする見解が支配的であるように思われる。しかし、これでは、もはや責任主義は崩壊したというべきではなからうか。」<sup>6</sup>と言われていることが妥当するのではないかと思われる。しかしながら、責任の機能する次元と予防的考慮（特別予防でも一般予防でも）の次元とを明確に区別する点においては、結論において賛同しないとしても、示唆に富むものがあるといえよう。

いずれにしても、アルトゥール・カウフマンの掲げた命題には重要な意味があるということは、ロクシンが当初「責任」には刑罰限定機能しかないと論じていたのを、その後、説明の仕方を変更し、「責任」に変わる第三の犯罪カテゴリーとしての「答責性 (Verantwortlichkeit)」の内部では、責任も予防の必要性も共にその要素であり、「規範への感応可能性」が行為者にない場合には両者共否定される（従って「答責性」がない）という意味で、従来

の責任論争は未解決のままにしておくことができるとし、「責任」自体についていえば、多分に展望的なものに变质して理解する方向を選んでいることから明らかであろう。結局、「責任」の構造を一元的に把握する立場をとる以上、特別予防であれ一般予防であれ、予防の必要性を考慮すれば、当然、「責任」の变质を阻止することは不可能であると思われるのである。その見解に対して、従来の伝統的な「責任」概念を前提とすれば、シュトラテンベルトやブルクハルトのように、行為者の責任が欠ける場合でも予防の必要性のある場合があるとする批判がでてくるのも当然といえよう。つまり、ここでは「責任」と「刑罰」の内容が実質的に異なるのである。しかし、その批判に対し「責任」が予防的に構成されるという「立場の相違」を強調して、自己を正当化するのは論理が逆である。むしろ、従来の行為責任を超過した刑罰が予定されているかどうかという点が争われねばならないであろう。

この点について、少し考察をくわえてみよう。「ロクシンが責任主義を規制原理としてのみ用いようとした点が、アルトゥール・カウフマンから、規制は構成原理でもあると批判されたのと同様に、予防の必要性がないことを規制原理として用いれば、必然的に、予防の必要性が存在することが刑罰を根拠づける場合が生じる」(傍点——引用者)という命題が妥当することについてはすでに述べた。しかし、たとえば、林助教授のいわれるように、「実質的責任概念によって、予防の必要性が刑罰を根拠づける方向に働くことを認めたとしても」、「他行為可能性が存在しない場合には責任は否定される。」とするならば、規制原理は構成原理でもあるという右の命題に従って、予防の必要性と他行為可能性の両方が「責任」を構成することになる。しかしながら、前者は展望的判断であり、後者は回顧的判断であるから、両者を適切に調整する機能を有するものがないとすると、「責任」概念は、その内部において矛盾を生じてしまうことになる。一方、「他行為可能性はむしろ予防の見地から導入された」ものであるとし、「他行為可能性」自体を予防的に構成するとするならば、右の概念矛盾は生じないと思われるが、しかし、今度は、一種のトートロジーにお

ちいるのではないかと思われる。つまり、予防の必要性を限定するものは予防の必要性であると言わざるを得なくなるのである。もちろん、それも規制原理は構成原理でもあるという命題を、形式論理的には一貫させるものであり、その限りにおいては、あながち不当ともいえない。ただ、「責任主義」の放棄を正面から認めるものでなければ、そのような結論に至ることはできないであろう。しかしながら、そのような主張をする者はまだ少数であり、多くは「責任」は放棄できないものであり、かつ有益であるという見解にとどまっている。そこで、そのような見解をもつものは、右の結論との調和を図るために、「責任」自体がそのような結論を要求しているということ、つまり、「責任」概念そのものが予防を基礎としている<sup>16</sup>ことを主張するのである。ここにおいて「責任」は変質することになるのであるが、それが伝統的な「行為責任」の枠内にとどまりうるものかどうかについて、慎重な検討を要するのである。もしそれがその枠からはみ出るものであるならば、予防の必要性が刑罰を構成することを認めたとしても他行為可能性がなければ責任も否定されるから、「このような場合にも、威嚇的一般予防、保安的又は改善的特別予防から処罰が必要になるという批判は妥当しない。」<sup>17</sup>と考えるにしても、それは「自己欺瞞」にすぎないように思えるのである<sup>18</sup>。

ところで、すでに本稿第二章で考察したように、理念的レベルにおいては、「責任」は「贖罪」を介して「再社会化」行刑と結び付くものと思われるが、「刑罰を基礎付ける責任」や「量刑責任」の段階になったとき、はたして、「責任」が変質せずに伝統的な意味をもちつづけることができるかどうかはなお問題であるといえよう。それは、一方において、たとえ「責任↓贖罪↓再社会化」を主張するにしても、刑罰を第一次的に構成するものは「責任」以外にはありえないとする立場をとる場合<sup>19</sup>、必然的に積極的責任主義に至るのではないかという危険性が生じ、他方において、「贖罪」が一人歩きをし「責任」に強い影響を与え、非難可能性が展望的のみ把握されるような事態も予想されるのである。この点は、内田(文)教授が、「故意・過失は、主観的帰責可能性を基礎づける心的要素であると

いう点では、形式的責任概念の問題であるが、それは内容的にいかにあるべきか、意思責任の見地においてとらえられるべきかどうか、極めて軽微な過失は社会秩序維持の観点ないしは刑罰目的の観点にてらして、刑法から排除されるべきではないかといった点は、実質的責任概念の問題となる<sup>(21)</sup>とされて実質的責任概念を提唱される場合でも、同様のことがいえよう。ただし、教授が、右の刑罰目的の見地を「限定」の意味において導入されたことには積極的評價が与えられるものと思われる。

このようにして、問題はかなり明確になったのではないかと思われる。つまり、「責任」に限定機能を認める以上、限定原理は同時に構成原理であるという命題に従って、構成機能を認めるべきである。これは、「責任↓贖罪↓再社会化」という、アルトゥール・カウフマンや、ユルゲン・パウマンの見解により説明することができる。しかし、それだけでは積極的責任主義におちいる危険性を回避できない。そこで贖罪的な再社会化行刑の必要性を「責任」を阻却するものとして、何らかの形で導入することが要請される。ところがさらに、先の予防原理は構成原理であるという命題が機能し、「責任」が変質するのではないかという危険性が生じる。ここにジレンマがあるわけであるが、私見では、「責任」の二重構造を認めることによりこのジレンマをある程度脱却することができるのではないかと考えるが、詳細は次章以下で述べることにする。

〔注〕

- (一) Arthur Kaufmann, *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, JZ. 1967, S. 555. (ders., a. a. O. [Das Schuldprinzip], S. 268.) 邦訳「アルトゥール・カウフマン、加藤・生田・大谷訳」刑法における責任思想の理論的および刑事政策的側面」ユルゲン・パウマン編著、佐伯千仞編訳『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——』(一九七二年)七七頁。さらに、拙稿「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——」中京大学大学院生法学研究論集第二号五二—五三頁も参照。

- (2) 林、前掲三三頁。
- (3) 朝倉京一「刑法における責任と予防」刑法雜誌二六卷三三—四号八頁。Vgl. Roxin, a. a. O. (Kriminalpolitische), S. 324.
- (4)(5) 平場安治「責任の概念要素と刑事責任論の根底」平場他編『団藤重光博士古稀祝賀論文集』第二卷(一九八四年)一〇四頁。なお、平場博士が「責任概念について、従来、主張されていた、「責任の關係概念性」「責任の主体性」「責任の規範性」にくわえて、責任の「処遇関連性」を問題にされるにいたったことは、最近の責任論の動向からみて、非常に象徴的であった(参照、同九二頁以下)。
- (6) 大谷『人格責任論の研究』三四八頁。
- (7) Roxin, a. a. O. (Zur jüngsten Diskussion), S. 297-303. 邦訳、C・ロツミン、前掲書二〇五—二一五頁。Vgl. Claus Roxin, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW. 96, Heft 3, S. 653ff. 邦訳、同右二四七頁以下。なお、ロツミンは、そこで、人格責任の思想(der Gedanke der Persönlichkeitsschuld)と答責性論との類似性を指摘してゐる(S. 660. 邦訳二六三—二六四頁)。
- (8) Günter Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S. 35f.
- (9) Björn Burkhardt, Das Zweckmoment in Schuldbeginn, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1976, S. 336f. Vgl. Christian Schönborn, Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt, ZStW. 88, Heft 2, S. 351.
- (10) Roxin, a. a. O. (Zur jüngsten Diskussion), S. 299f. 邦訳、C・ロツミン、前掲書二〇七—二一七頁。
- (11)(12) 林、前掲三三頁。ただし、こゝでは本文のような見解を一つのモデルとして批判するだけである。
- (13) 林、前掲一三頁。
- (14) Vgl. Peter Noll, Strafe ohne Metaphysik, in: Jürgen Baumann (hrsg.), Mißlingt die Strafrechtsreform? Der Bundestag zwischen Regierungsentwurf von 1962 und Alternativ-Entwurf der Strafrechtlehrer von 1966, 1969, S. 54ff. 邦訳、ヌーター・ノル、吉川経夫訳「形而上学のない刑罰」ユルゲン・バウマン編、西原春夫・宮澤浩一監訳『西独刑法改正論争』(一九八一年)七八頁以下。
- (15) Noll, a. a. O., S. 54f. 邦訳、同右七八頁。

(16) もっとも、もともとそういうものなのだ、という立場からすれば、「変質」ではなく「本質」があらわれた、ということになるが、その場合には、従来の考え方との異同が実質的に問われなければならないであろう。

(17) 林、前掲三三頁。

(18) 同右一五頁は、「しかし、他行為が不可能とはいえないとしても、あるいは規範による動機づけが不可能といえないとしても、その場合に常に予防上の必要性が充足されると考え、責任を肯定するのであれば、刑法の合理化、道義的非難の排除という立場から責任原理の予防上の機能を強調したとしても、それは単なる宣言にすぎないことになろう。」とされるのである。

(19) 木村静子「刑罰と責任」研修三三九号一〇頁は、「責任——贖罪——刑罰という考えは、責任と目的と刑罰とを有機的に結びつけ、目的を考慮した相당한刑罰が責任との関係において合理的に説明することを容易にするとと思われる。」と述べられる。従って、刑罰を限定するものも「責任」であり、「責任」がある以上処罰が認められることになる。

(21) 内田、前掲書二〇八頁。

(22) 内田、前掲書二一〇頁は、「責任能力・故意・過失が認められたからといって、それだけで直ちに『責任』もあると考える必要はあるまい。この意味で、『実質的違法性』に対応する『意思』を、さらに『限定』することには、十分意義があるといつてよい。」とされているのである。

## 五 「責任主義」の機能的分析

前章までの考察において、実定法的根拠にもついた、「責任」の構造分析が必要とされることが明らかになってきたように思われるのであるが、「責任」の刑罰限定機能と刑罰構成機能の問題と関連して、「責任主義」を機能的に分析してみる必要もあると思われるのである。

この点については、すでによく知られているように、アッペンバットの機能的分析、つまり、「責任」を責任理念(Schuldidee)と刑罰を根拠付ける責任(Strafbegründungsschuld)と刑量あるいは量刑責任(Strafmaß- oder Strafzumessungsschuld)の三つに区別して論じる分析方法<sup>(1)</sup>があり、これが参考になるものと思われる。ただ、この

ような分析法にも、いろいろと批判もあるようであり、<sup>(2)</sup>そのまま受容するのは多少問題があると思われる。しかし、そのような分析法が正当なものであるうとなかろうと、従って、三つの区別を肯定しようとするか、一定の有益な結論をみちびきたすための手段として用いることには十分な意味があるといえよう。<sup>(3)</sup>

以下においては、そのような意味で、アッヘンバッハの分析法に従い、「責任主義」の機能的分析を行うこととする。

[注]

- (1) Hans Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974, S. 3-5. Vgl. Schönte-Schröder-Jenkner, a. a. O., Vorbem. §§ 13ff. Rn. 107; Maurach-Zipf, a. a. O., S. 390; Roxin, a. a. O. (Zur jüngsten Diskussion), S. 279f.; Scheffler, a. a. O., S. 40f. ただし、シエンラーは、犯罪学の成果の利用を責任主義がさまたげているかどうか、また、どのようになさまたげているかを認識するために、そのような機能分析が目的適合性のある (zweckmäßig) コレを認めていよう。
- (2) ミュラー・シュューンは、Rudolphi, *Systematischer Kommentar*, FN II, Rdnr. 1 vor § 19 に従って、刑罰を根拠付ける責任と量刑責任は、機能のさがないを応じて立法者によって区別された責任理念の二つの表現であるとす (Müller-Dietz, a. a. O., S. 9. Anm. 55. 邦訳、ノイマン・シュレーダー・ディーン、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一二〇—一二一頁注〔4〕)。Vgl. Diethelm Kienapfel, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Mit Einführungen in programmierter Form*, 4. Auflage, 1984, S. 193; Scheffler, a. a. O., S. 41.
- (3) 参照、大山弘「責任と予防に関する一考察——可罰的責任評価をめぐって——」関西大学法学論集三一巻五号一〇四頁以下。

## (一) 責任理念

アッヘンバッハは、責任理念という機能段階 (Funktionsstufe) において何が問題とされるかについて、次のよう

に述べている。

「第一の機能段階は、いわゆる責任主義 (Schuldprinzip) の古典的表現である」「責任なければ刑罰なし (Keine Strafe ohne Schuld)」に見い出される。<sup>(1)</sup>ここでは、国家刑罰権の基礎と限界としての責任の現象、刑罰に存在する国家的干渉の内在的正当化、責任刑法の合法性 (Legitimität des Schuldstrafrechts) が、主として問題となる。換言すれば、この段階では、実定法の解釈要素としての『責任概念 (Schuldbegriff)』が問題とされるのではなく、責任の理念 (Idee) が問題となるのである。<sup>(2)</sup>ここでは、意思の自由の問題、個別行為責任あるいは性格責任の問題、認識のない過失についての問題がとりあげられる。<sup>(1)</sup>

このようなアッヘンバッハのいう「責任理念」について、ロクシンは、それがメタ法律学的な問題であり、具体的には、意思自由か決定論か (Willensfreiheit oder Determinismus)、行為責任か性格責任か (Tat- oder Charaktererschuld)、贖罪 (Sühne)、応報 (Vergeltung)、人間の尊厳 (Menschenwürde) であるとしている。<sup>(2)</sup>しかしながら、アッヘンバッハ自身が言っているように、こういった責任理念に関する論争は、体系概念としての「責任」と何の関係ももたないままに行われてきたといえないこともない。ハフトも、少し異なった視点からではあるが、従来の責任論争が、責任の本質論にかたむきすぎたことを認めている。<sup>(4)</sup>わが国においても同様の状況があることは否めない事実であろう。しかしながら、責任理念と体系概念としての「責任」とが、アッヘンバッハのいうように、完全に断絶しているかという点、それも言えないように思われるのである。次節以下で検討する「刑罰を根拠付ける責任」にしても「量刑責任」にしても、「責任理念」の反映としての側面があると考えられる。<sup>(5)</sup>そういう意味からは、「責任の存在論的構造を無視することも許されない。さりとて、責任の本質が正確に一致して把握できない間でも、このように責任が現実には語られる場面は続いている。我々は、責任の存在論的構造を究明すると同時に、並行して、実際の

側面を顧慮しなければならない。」<sup>(8)</sup>とされる松村助教の見解が意味をもってくると思われる。しかし、そうであるならば、むしろ、「責任理念」を一つの機能段階として独立して論じる意味がなくなってくるのではないか。それどころか、さらに、「責任」について一致しているのは、不法と責任が区別されるという点と、犯罪体系の基礎にあるのは評価的（「規範的」）責任概念（*ein wertender („normativer“) Schuldbe-griff*）であり、心理的責任概念ではないという点だけである、というロクシンの見解も、この「責任理念」をそれ自体として論議してきたことが原因であるという理解を根底にもつのではないかと思われるのである。

このような留保をすることによって、「責任理念」は、はじめて議論の対象となる。したがって、それは、はじめから消極的意味しかもたないものと考えられる。責任論の混迷は、それを、具体的な「責任」の要件との関係でとらえきれなかったところに起因するよう思われるからである。そこで、「責任理念」の検討は、それが結局のところ「刑罰を基礎付ける責任」と「量刑責任」に吸収されるということを念頭においてなされることになる。ロクシンが「責任理念」を刑事政策的な予防の必要性にもとめ、解釈学との関連性を強調するのも、結論はともかくとして、方法論的には右の意味から考えれば正当である。<sup>(9)</sup>ここにおいて、カウフマン、バウマンの、「責任↓贖罪↓再社会化」という考え方も、それが理念の段階にとどまっているとするならば、前述の混迷の原因以外の何ものでもないと評価されることになる。我々は、この理念の、実践的展開を図らねばならない。<sup>(10)</sup>

ところで、この「責任理念」が究極において他の機能段階に解消されてしまうと考えるにしても、意思自由の問題には簡単にふれておく必要があるだろう。特に、理念として、「責任↓贖罪↓再社会化」を考え、しかもその責任が行為責任にとどまると把握する以上、伝統的アプローチによって、行為責任の「基礎」であると考えられた意思自由の問題をどのように処理するかについて、<sup>(11)</sup>一つの態度決定をしなければならないと考えるのもあながち不当とはいえない。<sup>(12)</sup>

わが国における意思自由論争は、団藤—平野論争<sup>17</sup>にみられるように、相対的非決定論と「やわらかな」決定論との間で行われてきた。かなり多くの論者がこの論争に参加することになったが、存在論的見地からは一致した方向が見い出せないまま今日にいたっているといつてよいであろう。それは、大谷教授が意思自由論を詳細に検討された後、その問題解決は「意思の存在論的・構造的把握では不可能だと考えざるをえな」とされ、「むしろ、責任構造の中に併呑する形で処理すべきで」あると結論付けられたことからも看取される。しかし、問題はここからはじまるわけであり、「責任構造」のちがいにより決定論か非決定論かが決定されるとなれば、その「責任構造」がどのようなものであるときにそれが正当化されるかということが問われることになるのである。そして、それは現在のところ、人權保障がよりよく行われるか否かということを判断基準としているようにみえ、多くの論者はその視点より、何らかの意味で非決定論と思われる立場を選択していると考えられるのである<sup>18</sup>。しかしながら、それが唯一正当な見解であるとも断定できないように思える。たとえば、大谷教授は、「行為と人格の関連については、決定論が妥当し、人格に対する非難は、非決定論が基礎となる<sup>17</sup>」とされているが、これは、決定論なり非決定論なりで、一元的に構成される責任が不当であることを示すものであるといえる。ここにおいては、「責任構造」論の完全な優位がみられる。そうであれば、ロクシンのように、意思自由の問題は刑法上意味がなく、未解決のままに放置しておくことができる<sup>19</sup>と考えるのが妥当である。

原則的には右のような見解が妥当であると解しても、我々の「責任↓贖罪↓再社会化」という見解においてどのような立場が選択されるかは別問題である。前章で考察したように、責任非難は回顧的である場合にのみ説得的であり、一定の安定した判断過程をもつことになるという見解からは、他行為可能性が必要とされるし、「贖罪」といういわば主体的な特別予防と結びつく「責任」観においては、「自由」は必然的に存在しなければならないものと考え

られる。このような「自由」観は、佐伯博士<sup>(20)</sup>、植松博士<sup>(21)</sup>、中教授<sup>(22)</sup>、中山教授<sup>(23)</sup>、西原教授<sup>(24)</sup>らのいわゆる、推定あるいは擬制説と同旨に帰すると思われるが、それは私の責任構造が「自由」となじみやよいというほどの意味であり、決定論的立場からの方がよりよく説明できるというのであれば、「決定」を擬制してもいっこうかまわない。ただ私にはそう思わないということだけである。ただ、次のような反論には答えておく必要がある。 「刑法や道徳は経験的事実ではなくて規範や評価かもしれないが、それらの判断の対象となるのは人の経験的な動静や状態である。もし人の行為が経験的な意味で因果的に決定されているとしたら、それにもかかわらず刑法の世界では決定されていないことにしようとするのは、「ごまかしにすぎない。」<sup>(25)</sup>しかし、このような批判は、擬制説の意味を誤解している。擬制説は、「刑法の世界」において何の事実的基礎もなしに「自由」を擬制しているのではなく、社会的に相当な理由のあるものとして「擬制」するのである。そうでなければ、「自由」といっても内容空虚なものとなり、責任非難は説得的なものとはならないであろう。また、擬制説は決して「すべて存在するものは合理的である」とするものではなく、「存在するものを合理的に利用する」ものである。<sup>(26)</sup>

〔注〕

- (1) Achenbach, a. a. O. (Historische und dogmatische Grundlagen), S. 3.
- (2) Roxin, a. a. O. (Zur jüngsten Diskussion), S. 279. 邦訳、ウ・ロツミン、前掲書一七九頁。
- (3) Achenbach, a. a. O. (Historische und dogmatische Grundlagen), S. 7. Vgl. Müller-Dietz, a. a. O., S. 6. 邦訳、ニホラー、前掲一〇四頁、Roxin, ibid., S. 279f. 邦訳、同右一八〇頁。
- (4) Fritjof Haft, Der Schuldialog. Prolegomena zu einer pragmatischen Schuldelehre im Strafrecht, 1978, S. 8. ハフトは「責任は、具体的ケースにおいて、つまり、まず手続において生じるものであるとし、また、それは、実行行為の際に、行為者によって形成されるものであるだけでなく、実行行為者とその行為の有責性を判断する者との間の対話

(Dialog) において構成されるものでもあることを主張する。「責任」が実法的側面だけでなく、訴訟法的側面をも有することを認め、「責任」を形而上学的な抽象的概念でなく、「責任対話 (Schulddialog)」という実践的側面からとらえ直した点には評価すべきものがあると思われるが、現実の訴訟過程は極めて複雑であり、「責任対話」が期待できるかどうかという、まさに実践的側面からの批判が可能と思われる。

(5) Vgl. Scheffler, a. a. O., S. 41.

(6) 松村格「刑法と刑事政策の理論——主としてサイバネティクスのシステム論に基づく素描——」法学論集二二号七〇—七二頁。

(7) Claus Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien, in: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, 1974, S. 171. 邦訳 C・ロクシン「前掲書七一頁。しかもこの心理的責任概念から規範的責任概念への移りかわりは「責任理念」の所産というよりも、刑法体系的分析の所産であると主張される (Roxin, a. a. O. [Zur jüngsten Diskussion], S. 280. 邦訳、同右一八〇—一八一頁)。

(8) Roxin, *ibid.* [Zur jüngsten Diskussion], S. 280. 邦訳、同右一八〇—一八一頁。

(9) Scheffler, a. a. O., S. 42 などれば、責任主義は「結局のところ一方において構成的な“ob”と、他方において規制的な“wie”の問題を決定する。Vgl. Heinz Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967, S. 33f.

(10) この点については後に詳論するが、便宜上、簡単に述べておく。つまり、発想の基点は、「責任」の構造を一元的にみることに對する懐疑である。再社会化行刑あるいは社会復帰刑というときに意識されているのは、主として刑罰の質的側面である。この質的側面も量の問題と共に「責任」段階で決定されるべきだと思われるのである。そして、さらにこの問題を明確化・客観化し、判断の安定的構造化を図るためには、「責任」を量的側面と質的側面から成る二元的あるいは二重の構造をもつものとして考える必要があると思われるのである。

(11) どのように解決するか、あるいは、どのように立証するかという問題ではないように思われるので、このような表現を用いた。

(12) Schönke-Schröder-Lenckner, a. a. O., Vorbem. §§ 13ff. Rn. 108 は「責任理念には特に責任と意思自由の問題が属す

るとしている。

- (13) 団藤重光「刑法における自由意思の問題」尾高朝雄教授追悼論文集『自由の法理』（一九六三年）二〇五頁以下、平野龍一「意思の自由と刑事責任」同『刑法の基礎』（一九六六年）三頁以下。
- (14) 意思自由に関する文献で、入手しえた重要と思われるものは次の通りである。齊藤金作「刑事責任と自由意思」法哲学四季報二七三頁以下、同「刑法理論と自由意思」早稻田法学三八卷一―二冊一頁以下、小野清一郎「フランス語刑法学における責任論」ジュリスト二九八号一〇頁以下、二九九号四八頁以下、久礼田益喜「意思の自由の諸相」『明治大学創立85周年記念論文集』五一―一頁以下、沢登佳人「自由意思の科学的基礎」中京法学一卷一号三頁以下、中山研一「現代刑法学の課題」（一九七〇年）一八三頁以下、同『増補ソビエト刑法』（一九七二年）四〇頁以下、福田平「現代責任理論の問題点」ジュリスト三一三―五八頁以下、中義勝「刑事責任と意思自由論」刑法雑誌一四卷三―四号五一頁以下、井上祐司「決定論と責任の基礎」法政研究三三卷一号一頁以下、大野平吉「刑法と自由意思」中山他編『現代刑法講座』第一卷（一九七七年）三七頁以下、大谷實『刑事責任の基礎』訂正版（一九七七年）一頁以下など。
- (15) 大谷、同右八一―八二頁。
- (16) しかし、全く反対の理論構成も十分可能であり、二者択一の問題ではないようにも思える。最近の決定論的構成として、森村進「責任論における『自由意志』問題」上原、長尾編『自由と規範』（一九八五年）四一頁以下、同「古代ギリシアの刑罰観（一）」法学協会雑誌一〇一巻七号一〇七―一三九頁参照。
- (17) 大谷、前掲書（注〔14〕）六八頁。
- (18) Roxin, a. a. O. (Zur Problematik), S. 650f. 邦訳、C・ロクシン、前掲書二四八頁。
- (19) Roxin, a. a. O. (Zur jüngsten Diskussion), S. 297. 邦訳、同右二〇六頁。
- (20) 佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（一九八一年）二二九頁。
- (21) 植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』（一九七四年）二〇〇―二〇一頁。
- (22) 中義勝『講述犯罪総論』（一九八〇年）一五八―一六五頁。
- (23) 中山研一『刑法総論』（一九八二年）三二一―三二二頁。
- (24) 西原春夫『刑法総論』（一九七七年）三九〇頁。

(25) 森村、前掲〔「責任論」〕四六頁。

(26) 佐伯、前掲書（注〔20〕）二三九頁、西原、前掲書（注〔24〕）三九〇—三九一頁参照。

(27) 平野、前掲書（注〔13〕）八〇頁。

(28) 同一方向にある重要な文献として、上原行雄「非決定論と自由の構図素描」上原、長尾編『自由と規範』（一九八五年）七一頁以下参照。

なお、すでに期待可能性の平均人標準説は擬制説を予定しているともいえるし、個人標準説に立つにしても、平均人にはいられない個人の類型を問題にすれば、やはり擬制説と無縁ではあるまい。違法性の意識についても、その可能性でよいとする説に対して同様のことがいえる。

## (二) 刑罰を根拠付ける責任

この刑罰を根拠付ける責任においては、個別行為者に対して刑罰を根拠付けたり、あるいは阻却したりする責任が問題となる。すなわち、この段階においては責任は、刑法解釈システムと関係をもつのである。ここで問題となるのは、故意・過失、責任能力、違法性の意識の問題などであり、それらは結局、実定法とかわりをもつものである。

以上のようにアッヘンバッハは説明するのであるが、簡単に言えば、構成要件該当性、違法性につづく犯罪カテゴリーとしての「責任」を意味するのである。<sup>(2)</sup> 本稿の問題意識からは、他行為可能性にもとづく責任非難が残る場合であっても、なお予防目的から「責任」が阻却されるかが重要であり、その点においては、ロクシンの指摘が参考になると思われるので、すでにわが国において紹介がなされ、若干の評価も存在するが、<sup>(3)</sup> ここでとりあげることとする。

①禁止の錯誤の回避可能性 連邦通常裁判所は、これを極めて厳格に処理しており、過失犯に要求される注意よりもなお高度のものを要求するものである。ここでは、疑念が明らかになるまで許容性について調査することが要求されている。しかし、社会的必要性の観点からは、第一に、当該状況が行為者に行為の許容性を考える契機を必然的に

与えたかどうか、第二に、それが肯定されるとき、信頼しうる専門家に問い合わせれば、その行為の断念の契機が存在したかどうか、を検討すればよい。これらのいずれかが否定されれば、特別予防および一般予防の必要性がないので刑罰は不要となる。<sup>(4)(5)</sup>

②過剰防衛 西ドイツ刑法三三条は過剰防衛を規定しているが、この規定によると、錯乱、恐怖または驚愕のような虚弱性情動の場合にのみ答責性阻却を認め、激怒や憤激のような強壯性情動にはそれを認めていない。これは「責任」の観点からはほとんど、説明できない。何故なら両方の反応共、理解しうる (verständlich) からである。しかし、予防の観点からは、攻撃的情動は非常に危険であるが、虚弱性情動は特別予防の必要性がないし、また模倣されることもないので一般予防の必要性もないことになる。さらに、虚弱性情動では故意の場合も免責されるし、必要性・現在性の要件についても逸脱可能であり不処罰となる。<sup>(6)</sup>

③免責的緊急避難 西ドイツ刑法三五条は、生命、身体または自由に対する危難から自己、親族、その他自己と密接な関係のある者を救うために、不法構成要件を実現したときには行為者の責任を否定するのであるが、この場合、行為が可能がないとはいえない。それにもかかわらず、立法者が行為者を不処罰にしているのは、特別予防および一般予防の必要性がないからである。したがって、社会の安全のために危険を忍受するよう要請される人々、例えば、軍人、警官、消防士、救助員などについては、一般予防的観点から処罰が要求されるのであり、刑法三五条一項二段はこの点で一貫している。<sup>(7)</sup>

④過失解釈論 客観的注意義務違反が行為者の落度でない、たとえば、暴れ馬事件のような場合には、法益を危殆化する不注意の防止という一般予防目的は機能しないし、また交通規則の練習という特別予防も必要性がない。また、過失犯においては、緊急避難規定を類推して、たとえば、経済的生存の脅威といった、生活上重大な法益に対す

る脅威を理由として不処罰にせられる。その場合には、一般予防および特別予防が限界づけの指導原理となる。また、軽微な過失も答責性を阻却する。誠実で信頼しうる者でも軽微な不注意は生じうるが、それをも処罰することになれば、かえって一般予防上の効果を失うことになるし、特別予防的にみても、誠実で信頼しうる者に対する処罰は有害である。<sup>8)</sup>

⑤超法規的答責性阻却 ナチス体制下において患者を安楽死させた医師のケースのような、生命を、他人を犠牲にすることによってのみ救いうる場合が問題となる。ここでは、無辜の者を殺害することは、どんな場合でも正当化されないから、違法性が肯定される。そして、各行為者には無辜の者の殺害を拒否することができた、つまり他行為可能性があったということもできる。しかし、ここでは、状況の絶対的一回性と、行為者が法益保護目的を有していたということ、一般予防および特別予防の必要性がなく、結局、答責性が阻却される。次に、宗教的理由にもとづく入院と輸血の拒否のケースであるが、連邦憲法裁判所は、妻の右の拒否に対する夫の不救助罪の成否について、夫の決定は客観的には社会の一般的価値観念により否認されるべきであるが、刑法により対処することができるほどその決定は非難可能ではないし、刑事罰はどの観点からみても（応報、予防、行為者の再社会化）適切ではないとした。これは責任を肯定しつつ、刑罰目的から答責性を阻却したものといえる。内心的良心の決定の代替不可能性と行為者の法益保護目的がその理由である。<sup>9)</sup>

この他、ロクシンは、中止未遂や正常心理学的情動<sup>10)</sup>などについても、刑罰目的による考慮が必要であることを主張する。

これらのロクシンの答責性論からの実定法解釈の当否をここで検討する余裕はないが、本稿の目的との関連で、以下の点を簡単に指摘しておく。まず、第一に、ロクシンがここで他行為可能性が残る場合でも、刑罰目的の観点か

ら答責性が阻却されるとする場合の「他行為可能性」と、「責任」と「予防」との調和を強調し、帰結において両者はそれほど差がないことを示唆する場合の「他行為可能性」とが、同一の内容ないし判断基準のもとで理解されているかどうかである。この点では、ロクシンのいう「責任」の変質を指摘するにとどめておく。第二に、第一のような疑問はあるが、ロクシンの説明ではつねに「他行為可能性」が念頭におかれ、これによって阻却できない場合に、予防の必要性によって阻却できることを主張している点である。ここにおいて明らかにされたのは、「責任」論においても刑罰目的が少なくとも規制原理として機能しうるのではないか、ということであった。シュトラーターベルトが、それは「責任」に関して、ほんのわずかしか論証していないと批判したのに対し、ロクシンがそれは言葉の問題だとし、<sup>13)</sup> 規制原理から構成原理への転化を示唆したとき、すでに「答責性」内部の構造が問われていたといえるが、私見では、「責任」の段階的構造を認め、そこに責任と予防とを配置させる手法の方が、「責任」の明確性を保ち、そこに実質的内容を盛り込むことができたのではないかと思われる。第三に、以上の私見を前提とすると、基本的には「責任」は「他行為可能性」に支えられることになり、実定法解釈においても、自由がいちじるしく制限されている場合、立法者が他行為可能性がないとしているというシェーネポルンの指摘<sup>14)</sup>が評価されることになる。シェーネポルンの見解によれば、社会的事実としての「自由」と法的評価としての「他行為可能性」とが区別して認識され、ただ、その「自由」と「他行為可能性」とはできるだけ一致することが望ましいということになる。従って、ロクシンの功績は両者が離れすぎた場合の「阻却」を説明しえたところに求められるべきであろう。<sup>15)</sup>

[注]

(1) Achenbach, a. a. O. (Historische und dogmatische Grundlagen), S. 4f.

(2) Schönke-Schröder-Lenkner, a. a. O., Vorbem. §§ 13ff. Rn. III.

- (3) 中川祐夫「責任と可罰的評価——序論的考察——」平場安治博士還暦祝賀『現代の刑事法学(上)』(一九七七年)二五二頁以下、浅田和茂「責任と答責性——ロクシン説の検討——」平場安治博士還暦祝賀『現代の刑事法学(上)』二七三頁以下、林、前掲二三頁以下、大山、前掲八八頁以下、拙稿、前掲(「責任の予防的再構成」四六頁以下など。
- (4) Roxin, a. a. O. („Schuld“ und „Verantwortlichkeit“), S. 187f. 邦訳、C・ロクシン、前掲書九七—九八頁(但し、この文は邦訳を参考にしたが、必ずしも表現等同一のものではない。以下同じ)。Vgl. Enrique Gimbernat Ordeig, Zur Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit, in: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel, 1974, S. 151ff.
- (5) 結局、この文は、他行為可能性が残るにしても、答責性が阻却される場合のあることを指摘するものである。Roxin, a. a. O. (Zur jüngsten Diskussion), S. 290. 邦訳、同右一九六頁。
- (6) Roxin, a. a. O. („Schuld“ und „Verantwortlichkeit“), S. 189; ders., a. a. O. (Zur jüngsten Diskussion), 282f; ders., a. a. O. (Zur Problematik), S. 656. 邦訳、同右九九—一〇〇頁、一八六—一八七頁、二五六—二五七頁。
- (7) Roxin, a. a. O. („Schuld“ und „Verantwortlichkeit“), S. 183f; ders., a. a. O. (Zur Problematik), S. 655f. 邦訳、同右九〇—九二頁、二五四—二五六頁。
- (8) Roxin, a. a. O. („Schuld“ und „Verantwortlichkeit“), S. 192-194. 邦訳、同右一〇三—一〇五頁。
- (9) Roxin, ibid., S. 194-197. 邦訳、同右一〇五—一〇七頁。
- (10) Roxin, a. a. O. (Zur jüngsten Diskussion), S. 285. 邦訳、同右一八八頁。
- (11) Roxin, ibid., S. 293-295. 邦訳、同右二〇一—二〇二頁。
- (12) 若干の検討について、林、前掲二五頁を参照。
- (13) Roxin, a. a. O. (Zur jüngsten Diskussion), S. 308. 邦訳、C・ロクシン、前掲書二二九—二三〇頁。
- (14) Stratenwerth, a. a. O., S. 29.
- (15) Roxin, a. a. O. (Zur jüngsten Diskussion), S. 286. 邦訳、C・ロクシン、前掲書一九〇頁。なお、カールやシェフラーは、犯罪学や心理学の知見が刑法に導入される領域として、量刑、責任阻却、主観的な犯罪メルクマールをあげている。Kargl, a. a. O., S. 52; Scheffler, a. a. O., S. 42.

(19) Schöneborn, a. a. O., S. 357.

(17) レンクナーは、免責事由については特別予防および一般予防の必要性が考慮されると述べる (Schönke-Schröder-Lenkner, a. a. O., Vorbem. §§ 32ff. Rn. III.)。Vgl. Knut Amelung, Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 101. 邦訳、クヌト・アメルンク、日高義博「ロクシンの刑事政策的刑法体系に対する批判」専修法学論集三八号一九二頁。責任阻却事由と免責事由の区別に関して、Vgl. Jescheck, a. a. O., S. 385ff. さらに、米田泰邦『犯罪と可罰的評価』(一九八三年)一〇三—一〇五頁も参照。

### (三) 刑量あるいは量刑責任

ここにおいては、「刑の程度を考慮したり、刑の量定に際して、犯人の責任をどのように考えるかについての理論的な検討」が行われ、「行為に対して下されるべき社会倫理的無価値判断の重要性を決定する諸事情全体」がとりあつかわれることになる。<sup>(1)</sup>それは量刑の現実の理解についての重要性を決して軽視するものではないが、「責任主義」の下における量刑の視点からは考慮に入れることのできない量刑事情が含まれている可能性もあるわけであり、そういった意味では、検討されるべきことは、「当為としての量刑基準」であり、それは、「裁判官の個々の刑の量定にあたり、いかなる事情をどのように評価し量刑に参酌すべきかを指示するものでなければなら<sup>(2)</sup>ないのである。

ところで、「量刑責任」の機能段階における「責任主義」と、「刑罰を根拠付ける責任」における「責任主義」とではその意味が違ってくるという論者も少なくないのではないかと思われるが、<sup>(3)</sup>これははたして妥当であろうか。たとえば、阿部教授は次のように述べられる。「責任なく行為した者は罰しない」という「第一の原則」と、「刑罰の程度・分量は責任の程度・分量にしたがう」という「第二の原則」では「『責任』の意味が異なる」。「すなわち、第一の原則において『責任』とは、それが故意・過失と解されるにせよ非難可能性と解されるにせよ、犯罪の成立要

件の一つとして構成要件該当性および違法性から区別された、狹義の責任を意味するのに対し、第二の原則においては、構成要件該当性、違法性、責任から成る犯罪性という意味での責任（通常「刑事責任」と呼ばれる）が対象となるのである。<sup>(4)</sup> また、シュトラーターテンベルトも、一応、刑の量を決定するのは行為責任（Tatschuld）であり、その要素は行為がなされた状況（Situation）だけであるとすることが、しかし、それは刑の上限を画するだけであり、具体的な刑は予防目的を考慮することによって得られるとするのである。<sup>(5)</sup> さらに、ロクシンも、刑罰を根拠付ける責任においては行為者を処罰すべきかどうかが重要であり、量刑責任はその程度が問題となるのであるから、責任主義の機能は、前者と後者とでは同じではないと述べ、結論的には、前者においては、責任を予防が制限し、後者においては、予防を責任が制限する、<sup>(6)</sup> というように答責性の内部で機能の変化があることを認めている。

しかしながら、阿部教授の見解に対しては、次のような反論が可能である。「そもそも責任とは、『実体』ではなく、行為の属性ないし評価である。しかも、責任評価は常に違法行為に関係した判断であって、構成要件に該当する違法な行為の存在しないところに、刑法上の『責任』を考えることはできない。また、逆に、責任の大小という場合には、当該違法行為に対する非難の程度が問題となっているのであって、本来的に違法性の大小もそこに反映されている。このように考えるならば、責任主義における『責任』の意味を全く統一的に理解することが可能なのである。」<sup>(7)</sup> また、犯罪が成立するか否かという問題と、どの程度の刑罰が科せられるかという問題とが区別されるという見解についても、そのような区別が認められるとして、何故「責任主義」の内容・機能までも、それに従属して考慮されねばならないかという点がそれほど明確であるとはいえないように思える。犯罪の成否の場面と刑罰の量を決定する場面とは、相互に関連しあっているものであり、完全に独立した機能が与えられているわけではないのである。<sup>(8)</sup> そういった意味では、「責任主義」の基本原則に立ち返って考えてみる必要がある。<sup>(9)</sup>

しかし、佐伯博士が指摘されているように、「多くの責任刑の論者が、個々の場合に責任の重さによって一定した数値（刑期および金額）が確定できるように論ずるのは、自己欺瞞<sup>(10)</sup>」であるのかもしれない。「責任」は伝統的意味に従う限り、幻想的側面をもつことを否定することはできないであろう。そこから「責任」の幅という考え方も出てくるのであろう。しかし、「責任」による刑罰の量定（定期性）は、「個人の自由を官憲の専断から守るために、また受刑者の精神的不安をさけるために、容易に抛棄されてはならないのである<sup>(11)</sup>」。

ところで、本稿の問題意識からは、右にみたように、刑罰を根拠付ける責任と量刑責任とが、密接な相互依存関係を有することを前提とした場合、すでに示唆したような「責任」の二重構造が、量刑責任においてどのような形をとってあらわれるかが問われなければならない。この点で参考になるのが、西ドイツにおいて、ヘンケル<sup>(12)</sup>により主張され、ホルン<sup>(13)</sup>、シェッヒ<sup>(14)</sup>によって展開された、段階説（Stellenwerttheorie<sup>(15)</sup>）である。これを詳細に検討することは本稿の目的ではないが、その主張を要約すれば、次のようになる。つまり、責任と予防とを量刑の異なった段階に配分することにより、その対立を解消しようとする。そして、刑量の決定はもっぱら責任を考慮することによってなされ、一方、刑の免除、刑の延期、短期自由刑の罰金刑による代替などについては予防的考慮が働きうるとされるのである。

この段階説に対して、ほとんどの論者は批判的であるという評価が一般的であるようである<sup>(17)</sup>。ロクシンは、段階説に対する批判を四点あげている。その批判のほとんどは実定法解釈に関係する。西ドイツ刑法四六条は次のように規定する<sup>(18)</sup>。

第四六条① 行為者の責任は、刑の量定の基礎である。刑が社会における行為者の将来の生活に与えると期待しうる効果を考慮するものとする。

② 刑の量定に当たり、裁判所は、行為者にとって有利な事情及び不利な事情を相互に比較衡量する。その際に、特に、次のことを考慮する。

行為者の動機及び目的

行為によって表示された心情及び行為に際して向けられた意思

義務違反の程度

行為実行の種類及び行為の責めに帰すべき効果

行為者の前歴、その一身的及び経済的状态、並びに、

行為後の行為者の態度、特に、損害を賠償するための努力

ロクシンの整理した批判の第一は、右の一項前段が、責任を量定の基礎であるとしている点で、そこには予防的考慮がはいり込むことが当然予想されるということである。<sup>(19)</sup> 第二は、一項後段はまぎれもなく予防的考慮であるということである。<sup>(20)</sup> 第三は、二項であげられている量刑要素の中には、予防の必要性に影響されるものが含まれているということである。<sup>(21)</sup> 第四は、責任と予防とを量刑の異なった段階に分配することを正当化するものがなく、しかも、責任に応じた刑というものはもとと存在しないのであるという批判である。<sup>(22)</sup> これらの批判をふまえた上で、ロクシンは、段階説は四分の三まで正しいとするのである。つまり、西ドイツ刑法四七条以下の法的効果の判断を予防的観点から決定する点で半分正しく、四六条の判断で刑を加重する要素として一般予防を排除した点で四分の一正しいが、刑期の確定から特別予防の考慮を排除した点は不当である、と述べている。<sup>(23)</sup> しかし、段階説の主張の本質はロクシンの批判する残りの四分の一にあるのであって、全体としてみてロクシンは段階説に批判的といえる。ただ、わが国においては、最初の三つの批判は今のところまだあまり意味がなく、問題となるのは最後の批判であると思われる。しかし、責任刑の確定が困難であることを認めるにしても、それが何故予防的考慮によって回避することができるのか

が問われなければならないであろう。

段階説は、責任と予防とを量刑の異なった段階に分配したわけであるが、この点は「責任」の構造を考える上で興味深いものを含んでいる。すでに「責任」の二段階的構造が量刑における段階説を示唆していると思われるのである。これについて、「責任」の要件との関係を示しつつ、章をあらためて論ずることとする。

〔注〕

- (1) 宮澤浩一、前掲一九二頁。Vgl. Achenbach, a. a. O. (Historische und dogmatische Grundlagen), S. 4; Schönke-Schröder-Lenkner, a. a. O., Vorbem. §§ 13ff. Rn. 112. マンハインバッハはこの段階をめぐっては、故意の犯罪行為は過失の犯罪行為に対して重い責任を含むかどうか、責任の意義は行為無価値と結果無価値なのかどうか、責任の重さは、所為とは直接関係のない要素にもかかわるかどうかなどが問題になると述べる。
- (2) 佐伯千仞「刑の量定の基準」『刑法講座Ⅰ犯罪一般と刑罰』一一八頁。
- (3) Paul Bockelmann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 1979, S. 235; Günter Stratenwerth, Strafrecht, All-gemeiner Teil I, 3. Auflage, 1981, S. 76; ders., Tatschuld und Strafzumessung, 1972; Roxin, a. a. O. (Zur jüngsten Diskussion), S. 304f. (邦訳『C・ロクシン 前掲書二二二—二二三頁]); Achenbach, a. a. O. (Historische und dogmatische Grundlagen), S. 3ff., 10ff.
- (4) 阿部純二「刑の量定の基準について」『法学四一巻四号四二—四三頁。
- (5) Stratenwerth, a. a. O. (Tatschuld), S. 30f.
- (6) Roxin, a. a. O. (Zur jüngsten Diskussion), S. 304 und 308. 邦訳『C・ロクシン 前掲書二二二—二二三頁、二二九—二三〇頁。ただし、ロクシンのいう「責任」の変質に注意が必要である。
- (7) 井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(一)——ドイツにおける諸学説の批判的検討を中心として——」『法学研究五五巻一〇号八二頁。
- (8) 井田、同八三頁。

- (9) Kaufmann, a. a. O. (Das Schuldprinzip), S. 15-20; Schmidhäuser, a. a. O., S. 38.
- (10) (11) 佐伯、前掲(注〔2〕)一三二頁。もともと、佐伯博士は、非難の目的性を強調しつつ、責任→目的→刑罰という量刑の道順を示される(同一三三頁)。この道は、責任は刑罰の上限を画するものとしての意味だけが与えられることとなる。
- (12) Heinrich Henkel, Die „richtige“ Strafe (Recht und Stat in Geschichte und Gegenwart, 381/382), 1969, S. 221f.
- (13) Eckhard Horn, Wider die „doppelspurige“ Strafhoenzumessung, in: Festschrift für Friedrich Schaffstein, 1975, S. 241ff.
- (14) Heinz Schöch, Grundlage und Wirkungen der Strafe, in: Festschrift für Friedrich Schaffstein, 1975, S. 255ff., insbes. 259ff.
- (15) Stellenwert は数学用語であるが、我国においては本文のような訳語(ミューラー・ディーツ、宮沢浩一訳前掲九二頁)の他、「代表説」「位置価説」というものもある。参照、阿部純二「量刑における位置価説について」平場他編『団藤重光博士古稀祝賀論文集第三巻』(一九八五年)一三三頁以下。
- (16) 阿部、同右一三五頁で、これらの主張とその批判が詳細に紹介されている。
- (17) 阿部、同右一四六頁は、「殆ど賛同者を見出さなかった。西ドイツ学界の大勢はこれに批判的である。」とされる。批判的論者としては、たゞしばしば Jeschek, a. a. O., S. 705; Müller-Dietz, a. a. O. (Grundfragen), S. 28 (邦訳、マッソーラー・ニヤーマンツ、前掲一〇一―一〇二頁); Roxin, Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, in: Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz, 1977, S. 478 (邦訳、C・ロクシン、前掲書一三七―一三八頁); ders., Prävention und Strafzumessung, in: Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, S. 186ff. (邦訳、同右一四六頁以下); Hans-Jürgen Bruns, „Stellenwerttheorie“ oder „Doppelspurige Strahhöhenbemessung“? in: Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, 1977, S. 251ff.ただし、ノルムスには段階説に一定の評価を与えてくる(S. 263f.)。
- (18) 宮澤浩一訳『ドイツ刑法典』(一九八二年)による。
- (19) Roxin, a. a. O. (Prävention), S. 186f.邦訳、C・ロクシン、前掲書一四六―一四八頁。
- (20) Roxin, ibid., S. 187-189. 邦訳、同右一四八―一五〇頁。
- (21) Roxin, ibid., S. 189f. 邦訳、同右一五〇―一五二頁。

(22) Roxin, *ibid.*, S. 190-192. 邦訳、同右一五二—一五四頁。

(23) Roxin, *ibid.*, S. 204. 邦訳、同右一七六頁。

(24) 参照、阿部、前掲(注〔15〕)一五二頁。

## 六 責任—贖罪と再社会化行刑

本稿においては、カウフマンとパウマンの主張する「責任↓贖罪↓再社会化<sup>(1)</sup>」という図式を常に念頭におきつつ、「責任主義」ないし「責任」の内容、機能について考察を進めてきた。そこで、本章では、具体的に、責任要件とのかかわりの中で、右の図式がどのようにとらえられるべきかについて論じることとする。

「責任↓贖罪↓再社会化」という図式で理解される内容は、極めて抽象的であり、また、「贖罪」という言葉自体、キリスト教的背景をもつ言葉であり、宗教色をぬぐいきれないという批判が当然予想される。宗教的あるいは文化的土壌の異なるわが国において、そのような言葉を用いること自体拒否される可能性もあろう。しかしながら、ここで「贖罪」という言葉が意味するのは、第二章第二項<sup>(2)</sup>で定義したように、その実質的内容において、通常の理解とはかなりの違いが存在するのである<sup>(3)</sup>。たしかに、「贖罪」が応報と結び付くとき、その弊害の大なることは歴史が実証している。そういう意味からも「贖罪」は拒否されてしまう可能性をもつ。しかし、「贖罪」は、応報と結び付く可能性をほとんどもたない。それどころか、むしろ、「再社会化」ないしは主體的な特別予防と密接な関係を有するのである。カウフマンも、「贖罪」の「真の意味・本来の意味」を、「責任を負うに至った者が、自分自身と、そして仲間たちと和解するという意味」であると述べているのである<sup>(4)</sup>。しかし、それでもなお「贖罪」という言葉を用いることに抵抗感があるというのであれば、それに代る言葉を選ぶことに意味があろう。ただ、それによって本質が変わるといえるものではないのであるが。

ところで、「責任↓贖罪↓再社会化」という理念を受容する場合、それが積極的責任主義におちいるのではないかという危惧があった。しかし、それは贖罪―応報刑ならば妥当するが、我々の立場においては、再社会化のために必要な刑罰は否定されるのであり、また、一方において、「責任」が「贖罪」―主體的特別予防と結び付けられることにより、「責任」が実質化し、他方において、その「贖罪」―主體的特別予防の必要性がない場合には、たとえ責任非難が残る場合でも、再社会化行刑と結び付きようがなく、結局、「責任」は否定される他ないということができるのである。<sup>5)</sup>

この「責任↓贖罪↓再社会化」という見解に類似した考え方に、佐伯博士の責任↓目的↓刑罰という見解がある。博士によれば、「責任は、目的を生む原因であるが、その目的を達成する手段を直接指示するものではない。」つまり、刑罰の内容を決めるのは責任非難（責任の重さ）自体（責任↓刑罰）ではなく、また、「責任と没交渉に設定された目的」（目的↓刑罰）でもない。「すなわち、刑罰の内容を決定するものは、非合理的な応報の要求でもなく、また責任と無関係に設定された目的でもなく、むしろ責任非難によって設定された目的はどうすれば最もよく実現されるかという合理的合目的な考慮なのである（責任↓目的↓刑罰）。」<sup>6)</sup>ただ、単に責任↓目的↓刑罰という図式をあてはめるだけでは何の意味もない。何故、責任、目的、刑罰がそのような関連を示すのが問題とされねばならない。佐伯博士は、刑罰を特別予防、目的を行為者の「回心」ととらえ、かつ責任非難の目的性を強調され、それらの関連性を説かれるのである。ただ、責任非難の「目的性」が一種の「効果」と考えられているのであれば妥当であると思われるが、責任非難の「本質」あるいは「構成要素」と把握されるならば、それが本来の意味での「非難」といえるかどうか問題となる可能性もあろう。<sup>7)</sup>

また、秋山教授も、責任と刑罰との関係について、「行為と行為者との連結の観点において刑罰を行為者に帰する

とするのが帰責の観念であり、之に対し、答責性は行為の非難性と刑罰との連結の観念である」とされた後、「責任の答責性」について「行為者の主観の立場においては、彼の規範意識は自らの行為の非難性を自覚することによって、自責、悔悟、謝罪の念を抱くに至るであらう。」(傍点—引用者)と論じられる。また、「刑罰は責任に対する応報である」とされる一方で、応報は責任を自覚させ、「規範意識の回復を目指す。」とされているので、「贖罪」の考え方とそれほど離れるものではないであらう。

これらの見解にあっては、いずれも「責任」と「刑罰」とが直接に結び付くものではないことが意識され、その間の理論構成をどのように行いかということについて自覚的展開がみられる。しかも、その理論構成に際して、実質的に「責任」を否定してしまうことについては、これを拒否する態度が一致して示されているように思えるのである。

「責任↓贖罪↓再社会化」という図式は、少なくとも理念的レベルにおいては、責任という回顧的なものと、再社会化という展望的なものとを矛盾なく結合・説明しうるように思われるのではあるが、具体的な責任要件とのかかわりで、どのようにあらわれてくるのかがそれほど明確とはいえない。つまり、「責任」と「再社会化」行刑とを結び付ける「贖罪」が単なる理念として取り扱われるにすぎないものならば、実質上、積極的責任主義を阻止できないと思われるのである。したがって、前述のように、消極的責任主義にとどまりうるのは、「責任↓贖罪↓再社会化」という図式が、責任要件に具体化されたときであるといえるのである。そして、ここでは、「責任」の量と質という視点からの「責任」の二重構造化が行われなければならないと思われる。つまり、「責任」の量という視点からは、「他行為可能性」にもとづく責任非難の程度が問題とされ、他方、質的側面からは、「贖罪」||主体的特別予防の必要性ないしは(カウフマンの説明にあらわれている用語を用いて)「自己答責性(Selbstverantwortlichkeit)」が問題とされるのである。佐伯博士にならって、これを「原則」「例外」との関係でみていくならば、故意・過失により

「期待可能性」つまり「責任非難」が推定されるが、「他行為可能性」がないことによってその推定はやぶられる。一方、「責任能力」の存在により「自己答責性」が推定されるが、それがないことを立証することによりその推定はやぶられる。このような「責任」の二重構造を認める理由については、すでに指摘した通りであるが（第四章第三節）、ここでは「自己答責性」つまり主体的特別予防の必要性が有責性という意味の「責任」の規制原理として用いられることになる。<sup>19)</sup>それは責任非難とは厳格に区別され（質と量）、「規制」と「構成」の表裏一体性という面からも、「責任能力」による推定であるという点が重要視されるのであり、そう考えることは、予防的考慮をするからといって、それが「責任」そのものを色付けしてしまうものではないことの歯止めになるように思えるのである。このように「自己答責性」を「責任能力」と関係付けることについては、平野博士が、「責任能力は『人格的能力』の問題であるだけに、人格そのものが直接に判断の対象とされる可能性はより強いといえよう。」「もし人格責任を認めるとすれば、このような人格的責任阻却すなわち一定の病的な人格であればもはやおおよそ刑事責任を問わないという形で、責任能力の分野においてなざるべきであろう。」<sup>20)</sup>とされていることが参考になる。また、このような「責任」の二段階構造論は、量刑論における段階説とも調和し、犯罪成否の場面と刑罰の程度の場面とを統一して理解することができるようになると思われる。

このように「責任」を理解するとき、なお若干の補足説明が必要であろう。第一は、量の問題と質の問題を一応區別して考えるにしても、その間の相互的關係は全くないのかという問題である。たとえば、佐伯博士は、「規範的責任」と「可罰的責任」との二段階的構造を認めておられるが、「可罰的責任」は「規範的責任」に完全に独立しているわけではなく、「可罰的責任評価は責任非難の程度判断に従属連関」<sup>21)</sup>しているという評価もあり、さらに非難の目的性を強調していけば、両者はますます強い関連性をもつようになる。ただ、この「可罰的責任」は、錯誤論を除け

ば、「規範的責任」を限定する方向で作用すると考えてよいであろう。<sup>(17)</sup>我々の立場においては、「責任」と「予防」とはほぼ独立して論じられる。ただ、責任非難がいちじるしく低い場合には、「自己答責性」がなくなるといふ現象面の関連性は認められるものと思われる。<sup>(18)</sup>

第二に、「責任能力」をどのように把握するかという問題がある。ここでも佐伯博士の見解が参考になる。博士は、「規範的責任能力」と「可罰的責任能力」とを区別され、前者は、「行為の正邪善悪を弁別し、それに従って行為しうる」<sup>(19)</sup>能力であり、後者は、「実質的には刑罰適応性あるいは受刑能力であり」、「規範的責任能力が、さらにそれ以上の精神的発達を遂げており、刑罰を科することによってその効果を期待できる程度に達していることである」<sup>(20)</sup>と述べられる。しかし、前者のように「責任能力」を「有責行為能力」として責任要素と考え、しかも、ヴェルツェルのように<sup>(21)</sup>一般的能力の問題であると考えないとするならば、<sup>(22)</sup>違法性の意識またはその可能性の中に解消されることになるように思える。また、「責任能力」は<sup>(23)</sup>当該行為について問題となるのではあるが、「人格の統一性・持続性」<sup>(24)</sup>によって若干修正されざるをえないのである。このように考えると、「責任能力」は単なる「受刑能力」と考えることができそうであるが、そうだとするならば、<sup>(25)</sup>団藤博士が批判されるように、「その能力は受刑時に存在することを要し、かつそれで足りると解しなければならぬのは性質上当然である」<sup>(26)</sup>といえる。そこで、ここにおいては、<sup>(27)</sup>ロクシンのいう「規範への感応可能性 (die normative Ansprechbarkeit)」<sup>(28)</sup>が行為時に存在していたことを「責任能力」の基準とすることが妥当な結論に導くように思われるのである。そして、その基準は、「自己答責性」を推定するのに十分な根拠となりうるように思われる。なお、故意・過失の判断と責任能力の判断とのどちらを先にみるかという問題もあるが、ここでは、<sup>(29)</sup>一応、人格的判断をともなう責任能力の判断が後になることを指摘するにとどめる。責任能力を責任の前提とみるか、要素とみるかによって、その問題も一定の影響をうけるのであるが、必ず

しもそれに拘束されない見解も存在するのである。<sup>(28)</sup>

〔注〕

- (1) 本稿は、主に犯罪論におけるこの図式の意味に集中するが、刑事政策の視角からの理解ないし展開が必要であることは当然である。この点については、服部朗「社会復帰理念の再検討——贖罪の現代的意義と脱ラベリングの可能性をめぐって——」早稲田法学会誌三三卷二二九頁以下が参考になる。
- (2) 拙稿「責任、贖罪および再社会化(二)」中京大学大学院生法学研究論集第四号一二二—一二九頁。
- (3) 佐藤昌彦「刑法における贖罪」警察研究五六卷一号六〇頁は、聖書における贖罪と刑法とが「極めて近い関係にあることは、言うまでもないであろう。」とされている。その真意は必ずしも明らかではないが、反対である。むしろ、両者は明確に区別される必要がある。
- (4) アルトゥール・カウフマン、井田良訳「刑罰における応報と責任」法学研究五八卷三号八八頁。Vgl. Kaufmann, a. a. O. (Schuldprinzip), S. 271f.
- (5) カウフマンも、「なるほど、責任は、贖罪を必要とする。しかし、もし責任が、他の方法で贖罪されうるのであれば、国家的刑罰、または、ある一定の国家的刑罰による贖罪は必要ではなく——いずれにせよ責任に対する贖罪の側面のもとに——むしろこの贖罪は後退するのである。贖罪と罪のあがないにとって必要以上の刑罰は、責任の点から見れば、必要なものではな<sup>ら</sup>ず。」と述べている。Arthur Kaufmann, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, JZ. 18, 1967, S. 558;邦訳「アルトゥール・カウフマン、加藤久雄・生田勝義・大谷実訳「刑法における責任思想の理論的および刑事政策的側面」ユルゲン・パウマン編著、佐伯千賀編訳『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』(一九七二年)八七頁(なお、ここでは邦訳によった)。
- (6) 佐伯、前掲書(『総論』)七九—八〇頁。
- (7) 佐伯、同右。
- (8) この点については、平野龍一、前掲書七五頁が「非難は、人々の行動に対して意味を通じて『条件づけ』を行なうのである。非難という『刺激』を与える」とするのに対して、批判がなされたのと同様の状況が生じるのである。参照、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——」中京大学大学院法学研究論集創刊号七一七三頁。
- (9) 秋山哲治「刑事責任の構造」同志社法学六号三六頁。
- (10) 秋山、同右三七頁。
- (11) 秋山、同右三八頁。
- (12) ただし、カウフマンはこれを名詞として用いているわけではなからず。Vgl. Kaufmann, a. a. O. (Schuldprinzip), S. 272.
- (13) 可罰的責任を特別予防の観点から、*もっほ*は規制原理として用いる論者として Kazusige Asada, *Strafwürdigkeit als strafrechtliche Systemkategorie*, ZStW. 97, Heft 2, S. 207. を参照。
- (14) 平野、前掲書四九一五〇頁。
- (15) 佐伯、前掲書(『総論』)二二三頁。
- (16) 大山、前掲一〇七頁。
- (17) 拙稿、前掲(「責任の予防的再構成」)六四頁参照。
- (18) しかし、理論面での一致は一般に拒否せざるを得ないであろう。
- (19) 佐伯、前掲書(『総論』)二二三頁。
- (20) 佐伯、同右二四〇頁。
- (21) Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, II. Auflage, 1969, S. 152.
- (22) 参照、団藤重光『刑法綱要総論』改訂版(一九七九年)二五四—二五五頁、同「責任能力の本質」『刑法講座3責任』三七頁。
- (23) 大谷、前掲書(『刑事責任』)一五〇頁、松原久利「違法性の錯誤に関する一考察(一)——違法性の意識可能性の判断基準——」同志社法学一七五号一二四頁。なお、平野龍一『刑法』総論Ⅱ(一九七五年)二八一頁も参照。
- (24) 松原、同右一二五頁。
- (25) 団藤、前掲(「責任能力」)四二頁。
- (26) Roxin, a. a. O. (Zur Problematik), S. 652f. 邦訳、C・ロクシン、前掲書二五一頁。なお、ロクシンは Ulrich Venzlaff, *Ist die Restaurierung eines „engen“ Krankheitsbegriffs erforderlich, um kriminalpolitische Gefahren abzu-*

wenden? ZStW. 88, S. 64. を引用して、責任能力は不明確な領域をもつものであり、そこでは、予防的考慮がなされると述べる。Roxin, a. a. O. (Zur jüngsten Diskussion), S. 293. 邦訳「同右二〇〇—二〇一頁。

(27) この「規範への感応可能性」は、もちろん、団藤博士の批判される(団藤、前掲「責任能力」四三頁)心理強制説ではない。

(28) 平野、前掲書(注〔23〕)二八二頁。

## 七 「責任主義」の限界

前章までの論述ではほぼ私見の内容は明確になったと思われるが、本章では、さらに、補論として、私見のような責任論を採用した場合、「責任主義」をどこまで貫ぬくことができるかについて、ごく大雑把に概観してみよう。

まず、常習犯・累犯の刑の加重根拠についてである。もともと常習犯・累犯の処遇については、「保安処分説、不定期刑説、加重刑説が主張されている」<sup>(1)</sup>が、現行法は加重刑説を採用した。しかし、いずれも、伝統的な意味での「責任」を超えた処遇を行うものであり、この点での理論構成が問題とされる。これまで、わが国においては、人格形成責任論<sup>(2)</sup>、人格相当説<sup>(3)</sup>、常習性の違法論での処理<sup>(4)</sup>などが試みられてきたが、いずれも成功したものとは思われず、深刻な問題がそこには含まれているといえる。特に、常習犯の場合、規範意識の鈍麻がみられることは一般的に認められており<sup>(5)</sup>、伝統的な行為責任・意思責任の立場からは、説明不能の事態が生じているといえる。しかし、だからといって、常習犯・累犯の説明を可能にするために、責任論自体の理論構成を変えてしまうことは<sup>(6)</sup>、本末転倒であるといわざるをえない。本稿における立場からは、予防の必要性はもっぱら規制原理としてのみ考慮されるので、常習犯人の危険性を「責任」の中にとり込むことはできない。「常習犯人の危険性に対する保安刑」<sup>(7)</sup>を正面から認めたりえで、行為責任主義の立場からこれを否定していく方向が望ましい<sup>(8)</sup>。

第二に問題となるのは、客観的処罰条件である。これは、「なんらかの政策的理由からみとめられるもので、行為および行為者に対する規範的評価とは関係がなく、犯罪の成立とは無関係である。」<sup>9)</sup>したがって、処罰条件がない場合、あるいは処罰阻却原因がある場合であっても、違法性・有責性は存在することになる。これが「責任主義」に抵触すると考えられたのはむしろ当然といえる。これに対し、佐伯博士がそれを犯罪成立要件の中に解消される方向を示されていたのは卓見といえる。ところが、最近の責任論への刑罰目的考慮のなだれ込み現象に対応する形で、堀内教授が、佐伯博士の方向性を支持されるに至った。つまり、「(固有の) 他行為可能性の存在にも拘らず、予防的観点より責任が左右される場合もある。そして、客観的処罰条件も処罰の妥当性の確保という刑事政策的理由に基づき行為の可罰性に付け加えられた要素であるならば同様の理が妥当する。」<sup>11)</sup>とされるのである。私見でも、客観的処罰条件を責任要素と考える場合、犯罪を成立させる条件の一つ付け加えるという意味では、本稿のように規制原理としてのみ予防の必要性をとらえる立場と必ずしも矛盾するわけではないと思われ<sup>12)</sup>る。

第三に問題となるのは、原因において自由な行為である。<sup>13)</sup>つまり、責任能力と実行行為との同時存在の原則をゆるめることが「責任主義」からみて許されるかどうかが問題とされる。責任能力が有責行為能力であるとするならば、右の原則をゆるめることにはかなりの抵抗感があると考えられ、たとえば間接正犯の論理を用いて、原則を維持しつつ原因において自由な行為の可罰性を肯定していく方向にむかうものと思われ<sup>14)</sup>る。しかし、責任能力を刑罰適応能力、あるいは受刑能力の意味でとらえる立場にあっては、団藤博士の批判にもあらわれてるように、<sup>15)</sup>責任能力は受刑時に存在すればよいことになり、原因において自由な行為の可罰性は肯定される。<sup>16)</sup>本稿の立場では、責任能力は行為時における、「規範への感応可能性」ととらえられることになるので、同時存在の原則は維持されるべきであり、原因において自由な行為の可罰性は他の論理により肯定する他ないのであるが、「規範への感応可能性」自体は厳格

な行為時性を要求するものではないので、同時存在の原則がゆるめられる可能性もないではない。

第四は、量刑に関してである。すでに述べた通り、本稿では、責任非難の程度が刑の量に対応し、「自己答責性」が質に対応するという立場をとるので、量刑においてはほぼ「責任主義」の要請を満たすと考えてよいと思われる<sup>17)</sup>。ただ、厳格な形で責任刑が追求されるのは実際的にみて妥当とはいえず、質的側面から責任刑が限定されていく現象を認めざるをえない。したがって、責任刑の下限を下回る可能性も認められることになる。

この他、結果的加重犯について、重い結果について過失を要するとして形の上で「責任主義」の要請を満たすと考へるとしても、その加重根拠について、常習犯と同様の問題がある。また、法人犯罪についても、予防の必要性を前面に出せば、処罰しやすくなるが、本稿の立場からは消極に解する他ない。

〔注〕

(1) 川崎一夫「『刑法における責任主義』序説——責任主義の発現形態——」法研論集三号八六頁。

(2) 団藤重光「人格責任の理論」法哲学四季報二号一二七頁。

(3) 平野、前掲書（『刑法の基礎』四〇頁）。

(4) 佐伯、前掲書（『刑法に於ける期待可能性』六一五頁、西原春夫『刑法総論』（一九七七年）三九七頁、内田、前掲書二二二頁）。

(5) ただし、植松博士は、違法性の意識の説明で、「常習犯罪人は自己抑制の能力に乏しく、そのうちには多くのいわゆる意志薄弱型精神病質者を含むであろうが、違法性の意識がないのではない。ことに、犯人は事実上数個の同種前科を有する場合に初めて常習犯としての認定を受けるのが通例であるから、むしろ前科の存在により、一層その行為の違法性を意識するようになっているはずである。」と述べられていることに注意すべきである（植松、前掲書二四六―二四七頁）。

(6) この点についての簡明な説明としては、大谷實『刑事責任論の展望』（一九八三年）一五頁以下がある。

(7) 拙稿、前掲（『責任と人格』七七頁）。

- (8) 本稿と行刑のとらえ方は異なるが、同一の結論を示すものとして、吉岡一男「累犯と常習犯」中山・西原・藤木・宮澤編『現代刑法講座』第三卷三〇七頁以下を参照。
- (9) 団藤、前掲書四八一頁。
- (10) 佐伯、前掲書(『刑法に於ける期待可能性』三九九頁、同、前掲書(『総論』)一三六一—一三七頁。参照、中山、前掲書二〇三頁。
- (11) 堀内捷三「責任主義と客観的処罰条件」平場他編『団藤重光博士古稀祝賀論文集』第二卷(一九八四年)一六〇頁。
- (12) 堀内、同右一六〇頁は、客観的処罰条件を「一種の停止条件」としてとらえている。
- (13) これについての文献は多数あるが、とくに最近の注目すべきものとして、山口厚『原因において自由な行為』について平場他編『団藤重光博士古稀祝賀論文集』(一九八四年)一六二頁以下。
- (14) 団藤、前掲書(『総論』)一四四—一四八頁、同「みずから招いた精神障害」『植松博士還暦祝賀、刑法と科学・法律編』(一九七一年)二二七頁以下、大塚仁『刑法概説(総論)』増補(一九七五年)一三二頁以下など。
- (15) 団藤、前掲(「責任能力」)四二頁。なお、前章も参照。
- (16) 佐伯、前掲書(『総論』)二三五—二三六頁はこのような方向性をもつ。
- (17) これが現実的でないという批判は当然予想される。中山教授は、「責任の実体も不明確であるが、予防の必要性を画することも決して容易ではないであろう。ここでもまた、積極的量刑か消極的量刑かという問題が生ずるが、責任のみならず、刑の目的もまた過大視しない慎重さが要請される」と述べられているが(中山、前掲書(『総論』)八四頁注(3)、)正当な見解といえる。ただ、刑の量定にあたり、決定的インパクトを与えるものが何かについて必ずしも明確でないように思える。
- (18) この点を意識しつつ、なお刑の量定基準を責任に求める論者として、松本一郎「刑の量定の基準」『中央大学正法会三十周年記念論文集』(一九六六年)四〇五頁以下が示唆に富む。

## 八 おわりに

本稿においては、最近の刑事責任論への刑罰目的論のなだれ込み現象をどのように評価するかという点について、

私見を提示しながら、検討を進めてきたわけであるが、「刑法と刑事政策との交錯」という問題意識のもとに、犯罪論と刑罰論ないし刑法と刑事政策とが完全に分離・独立して論ぜられることの不当性と、犯罪論が刑罰論にとってかわられてしまうことの危険性が確認しえたのではないかと思える。「責任↓贖罪↓再社会化」という理念モデルは、そのような状況下で妥当な結論を導きだすのに有効な手段となった。すなわち、伝統的な行為責任・意思責任が何故に展望的な再社会化行刑に連結するのかを明確にする役割をこのモデルは果すのである。

ところが、その理念モデルをそのまま現実モデルとして用いようとする、かえって弊害が大きくなるのではないかということが、あらたな問題として提起される。つまり、「責任」は常に「贖罪」を、そして結局は刑罰を要求することになるのではないかという疑念がそこに存在したのである。したがって、「責任↓贖罪↓再社会化」という理念モデルは、現実モデルとして採用する際に、一定の考慮を要することになる。まず、「贖罪」という言葉について、行刑に近づけて考えれば「主体的、特別予防」と呼ぶことが許されようし、犯罪論の視角からは「自己答責性」と名付けられる。両者はいずれにしても「贖罪」理念に統合されていくという意味で、相互的関連性を有することになる。しかし、それだけでは右の積極的責任主義にいたるのではないかという疑念を晴らすことはできない。そこで、「贖罪」理念の犯罪論における具体化としての「自己答責性」を、もっぱら「責任」を限定する方向で作用させる道が選ばれることになる。「自己答責性」を「規制原理」としてのみ認めるというわけである。ところが、ここで、さらに問題が生じる。つまり、このような予防の必要性を「規制原理」としてのみ認めるにしても、刑罰を限界付けるものは同時にそれを構成するものであるという命題に従って考えるならば、予防の必要性が構成的にも機能し、結局、「責任」を変質させるのではないかということである。我々は、この問題を回避し、「責任」概念の変質（ここではそれはもはや非難とはいえないものになる）にいたらないようにするために、「責任」の二段階的構造化を主張し

た。すなわち、故意・過失が認められることで期待可能性が推定されるが、他行為可能性の不存在の証明によりその推定はやぶられ、責任非難はくわえられない。一方、「規範への感応可能性」としての「責任能力」の存在により「自己答責性」<sup>1)</sup> 主体的な特別予防の必要性が推定されるが、その不存在の証明によりその推定はやぶられ、全体として「責任」が阻却されることになる。この場合、責任非難が残ることもあるが、それでもなお「責任」阻却が認められることになる。前者の原則・例外の關係は「責任」の量と深い関わりをもち、後者の原則・例外の關係は「責任」の質と緊密な関連を有することになる。このような「責任」の構造は、量刑論にも一定の影響を及ぼし、刑の量はおもっぱら責任により決定され、刑の質は予防的考慮により決定されるという關係が認められることになる。これは西ドイツにおいて主張されている段階説と親近感をもつことになるが、刑の量と質との間に事実上の相互的関連性を認める点で若干異なる。

以上が私なりの責任（構造）論の構図である。<sup>2)</sup> 十分に論証されていないところはなはだ多く、未熟なものではあるが、「試論」としての意味はあるのではないかと思われるのである。しかし、本稿が一方において、責任論における具体的な解釈論への言及に乏しく、他方において、行刑問題への関心が薄いことは非難されてもいたしかたのないところである。ただ、シェフラーが、そのモノグラフィの最後に述べているように、今や犯罪学は実体刑法の分野にその攻撃の鋒先を向けているのであり、我々は、その攻撃から「責任」刑法を防衛しなければならぬのである。そういった意味での責任（構造）論が提示しえたとするならば、筆者の目的は達せられたといえるであろう。さらに論証すべき点の多いことを指摘して、本稿を閉じることとする。

〔注〕

(1) このような立場は、理念としては団藤博士に、構造としては佐伯博士に、責任能力の考え方については平野博士に、それぞ

れ負うところが多い。

(2) Scheffler, a. a. O., S. 193.

(二九八五・一一・五)  
(完)