

# 情動行為と刑事責任(二)

林  
美  
月  
子

## 序 章 目 次

### 第一章 責任概念の変遷

#### 第一節 従来の責任概念の意義

- (一) 従来の責任概念
- (二) 他行為可能性と予防
- (三) 小 括

#### 第二節 実質的責任概念

- (一) 実質的責任概念
- (二) 実質的責任概念による解釈の例
- (三) 実質的責任概念に対する批判
- (四) 小 括

#### 第三節 実質的責任概念の社会学的側面

- (一) 序
- (二) 期待不充足の処理

(三) 社会学的考察に対する批判

(四) 小括

第四節 実質的責任概念の限界

(一) 比例性原理

(二) 比例性原理に対する批判

第五節 実質的責任概念と情動行為

## 序章

本稿は、いわゆる「激情に駆られて」あるいは「前後のみさかいなく」犯行に至った場合の行為者の刑事責任について論じようとするものである。その例としては、些細なことで喧嘩となり殺傷に至る場合や、被害者による長年の冷遇によって怒りが鬱積し、それが些細な刺激で突然に爆発する場合、冷淡になった愛人を強い憎しみから殺傷する場合等を考えることができる。<sup>(1)</sup>このような激情行為は、精神医学的・心理学的には情動行為(Affektat)と呼ばれている。情動は広義では感情や情緒と同義語である。しかし、ここで問題となるのは、感情興奮が強度で、顔面の蒼白や身体の震え等の身体的付随現象を伴い、行動へと強く駆り立てるような性質をもつものである。このような情動行為については「突発的に起る情動の運動性爆発(motorische Entladung)であって、出来した行動に対し本人は心構えをする余裕がない。すなわち突然に燃え上った憤怒とか、あるいは漠然とした不安から、判断の余地もなく遂行される行為が情動行為である」とされている。<sup>(2)</sup>また、デンボーは怒りの実験を行ない、情動爆発自体が行為者が状況を支配できなくなっていたことを示すとした。<sup>(3)</sup>さらに、ノレッチマーはこれを「原始反応(Primitivreaktion)」と名づけ、それは「発達した全人格が刺激と反応の中間に挟まって働くという中間回路がなく、体験刺激が直接に衝動的な瞬間的

行為として、或いは精神的深層機構（例えば下層意志的あるいは下層知性的なもの）として反応的に現われてくるものを云う」としたのであった。<sup>(4)</sup>このように、情動の特徴が人格内部での規範指向層の無力化にあると考えられることから、情動下の犯行について刑法上の責任を問いうるかが問題になるのである。

もちろん、立法者も、このような情動の性質を考慮して、特定の事情が存在する場合には、情動は責任を軽減し又は否定する旨の特別の規定を設けている。わが国では、盗犯等の防止及び処分に関する法律一条二項は、一定の状況の下で防衛行為に出た者が「恐怖、驚愕、興奮又は狼狽」によって現場で犯人を殺傷した場合には、たとえ、自己又は他人の生命、身体または貞操に対する現在の危険が存在しない場合でも、これを不可罰としている。また、改正刑法草案一四条三項は、過剰防衛が「恐怖、驚愕、興奮又は狼狽」によって現場で犯人を殺傷した場合でも、行為者を非難することができないときは、これを罰しない」としている。西ドイツ刑法典三三条も、後者とはほぼ同様の規定を置いている。しかし、そのような規定に該当しない場合に、つねに当然に責任を問いうるかには疑問がある。

ここに、次のような西ドイツの事例がある。被告人は、アルコール中毒の夫にしばしばピストル等で脅迫され、子供の多い家庭も自分一人で支えなければならなかった。別居や離婚に夫は同意せず、行政機関も援助しなかった。ある日、夫がアルコール中毒による嫉妬から、被告人のスカートに精子のしみがないかどうか捜したが、被告人はこれによって非常な屈辱を味わい興奮した。被告人はたまたま側にあった斧で夫を二撃し、その後、ベッドで夫が元氣を取り戻したことを聞いて、不安情動からさらに打撃を加えて殺害した。被告人には精神病、ノイローゼ、精神病質、精神薄弱は認められず、性格的にも勤勉・誠実・正直であった。行為は人格疎遠であり、意識狭窄がみられる。しかし病因等は存在しなかった。本事例の鑑定人は、まず、行為へと至ったことについて異常な人格素質に重点がある場合には責任能力の問題であり、他方、外界の異常性に重点がある場合には責任判断の問題であるとする。そして、本

事例は後者に該当するが、その責任判断の際には予防の必要性が考慮されるべきであるとし、本事例では、長年に亘って堪えぬかれた苦悩にみちた状況は夫の死によって終わり、平和がおとずれ、被告人は子供と仲良く生活し、再び仕事を捜し、不安のない生活に感謝しているものであるから、法秩序の防衛という意味での一般予防も、特別予防も必要ないとする。そして、注目すべきことは、結論的には、不可罰の結果を導くために、責任無能力とすることに賛成するのである。<sup>(5)</sup>

右の事例にも示されているように、情動行為者に刑事責任を問うことに疑問があるといっても、厳密には次の二つの問題がある。第一は、正常人であっても、情動によって規範による動機づけが害され、責任無能力あるいは限定責任能力とされる余地があるのではないかという点である。<sup>(6)</sup> 情動下で犯行した者は記憶の欠損を訴えることが多く、犯行が行為者の平素の人格からみて不釣合な場合が多いために、犯行時に意識障害があったのではないかという疑いが生じるのである。<sup>(7)</sup> わが国では、責任無能力及び限定責任能力の生物学的要件は法文上は規定されていないが、判例及び学説は「精神の障害」を要求しており、改正刑法草案一六条はこれを明文で規定した。この「精神の障害」の中には意識障害も含まれる。ドイツ刑法は明文で「深い意識障害」を規定している。しかし、ドイツ刑法は生物学的要件として「病的精神障害」「精神薄弱」および「その他の重大な精神的変異」をも規定しているため、情動行為の鑑定において、すでに病的障害が明らかであると考えられる場合、すなわち、端的に、てんかんや精神分裂病、さらに器質性脳障害等と診断された場合、および、重度の精神薄弱である場合等はそれらの規定にすでに該当し、「深い意識障害」に該当するか否かは問題にならない。<sup>(8)</sup> このことはわが国でも同様である。<sup>(9)</sup> したがって、右の意味で精神的に正常な者が情動の下で行動したときにも意識障害を生来するか否かが問題となる。右の鑑定人はこれを肯定的に解するようであるが、さらにそれをどのような基準によって判断するかが重要になってくるのである。



第二に、意識障害が認められず、従ってその意味で、厳密には規範による動機づけが不可能とはいえない場合について、さらに、情動を考慮した特別の規定の趣旨を明らかにし、それを援用して、なお責任を問えない場合があるかを検討しなければならない。<sup>(10)</sup> この点はとくに責任の本質のとりえ方と関係する。従来、とくにわが国では、責任の本質は、行為者は他行為が可能であるにも拘らず違法行為に出たことにつき、行為者を非難することに求められ、その根拠は道義的責任にあるとされてきた。<sup>(11)</sup> そこでは、他行為可能性が存在する場合にはつねに道義的、さらには応報的に行為者に責任を問うことになりやすい。しかし、西ドイツの現行刑法制定過程で明らかにされたように、刑法は責任の清算や贖罪ではなく、法益保護と行為者の再社会化のために存在するのである。<sup>(12)</sup> このことは我国においても次第に共通の認識となりつつあるといえよう。<sup>(13)</sup> そうだとすれば、情動行為についても、他行為不可能といえない場合、いいかえると、情動が意識障害という生物学的要件を充足する程には強度のものでない場合でも、なお、法益保護及び行為者の再社会化に必要がないときには、そのことが責任能力の判断に影響することを認め、責任を否定する余地もあるのではなからうか。そのような場合の一例を示したのが盗犯等防止法一条二項であると考えられることになる。右の事例の鑑定人が、結局において、予防上の考慮を責任能力の判断に持ち込もうとしたことは、事実を基にして診断をなすべき鑑定自体としてみれば、問題があるであろう。<sup>(14)</sup> しかし、従来は情動行為者の責任判断に予防上の考慮を入れる余地がなかったと指摘している点は、我々に問題の解決を迫るものとして看過できないように思われるのである。

本稿は以上のような問題意識から、わが国では従来、あまり論じられなかった情動行為者の刑事責任について考察しようとするものである。考察の順序として、まず、責任非難の意味を問い直し、そこから得られた結論を一応の前提として、西ドイツ及びわが国における情動行為に関する精神医学的、心理学的アプローチを検討し、右の第一点について考えてみたい。次に、やはり同様の前提から、西ドイツ及びわが国における判例と学説、そして、現在わが国

で精神鑑定に携っておられる精神医学の諸先生及び東京地裁の鑑定委員会に御協力をいただいて入取した若干の鑑定例とそれに対応する判決書を調査した結果を検討して、右の第二点について考えることとしたい。

なお、本稿においては、狭義の精神病であるてんかん、躁鬱病、精神分裂病によるものを除き、また、重度の精神薄弱によるものも除いた。すでに述べたように、それらの場合には、それぞれが責任無能力・限定責任能力の生物学的要件をみたしうるからである。また、現在、とくに議論の対象となっている精神病質者による情動行為については、精神病質の概念、治療及び処遇の方法、保安処分導入の是否等諸々の問題があり、本稿は一応、正常人の情動行為を対象として議論を進めることとしたい。<sup>(15)</sup>

- (1) 内村祐之「俳優仁左衛門殺し事件」日本の精神鑑定（福島章・中田修・小木貞孝編・昭和四七年）一七九頁以下。Leonhard, Mord aus Ha-liebe, MschrKrim, 1966, S.9ff.)
- (2) 精神医学（村上仁・満田久敏監修・第二版・昭和四二年）二四頁。
- (3) Dembo, Der Ärger als dynamisches Problem, psychologische Forschung, Band 15, 1931, S.1ff.
- (4) 西丸四方・高橋義夫訳・クレッチマー医学的心理学Ⅱ（昭和三〇年）八〇頁。
- (5) Diesinger, Der Affektäter, 1977, S.199ff.
- (6) Vgl. Witter, Affekt und Schuldfähigkeit, MschrKrim, 1960, S.22f.; Schewe, Zumutbarkeit und Zurechnungsfähigkeit, Hallermann-Festschrift, 1966, S.76ff.
- (7) 武村信義「情動行為の刑事精神鑑定」犯罪学雑誌二九卷（昭和三八年）三一頁以下、同「情動行為と責任能力」刑法と科学・心理学医学編（植松博士還暦祝賀・昭和四五年）二七三頁以下、同「情動行為」現代精神医学大系第二四卷（昭和五一年）九一頁。
- (8) Vgl. Winterfeld, Die Bewußtseinsstörung im Strafrecht, NJW 1975, S.2229ff.; Bresser, Gerichtliche Psychiatrie, 4. Aufl., 1976, S.256f. 一八七一年の旧ドイツ刑法典は単に「意識障害」と規定していた。現行法の「深い意識障害」への移行の過程は、まさに、正常人の情動行為においてこの生物学的要件が問題となっていることを示している。この点については第三章において検討する。
- (9) 武村「情動行為と責任能力」二七三頁、二七四頁。もっとも、わが国では、病的障害が認められる場合にも「意識障害」として扱うことも可能であろう。

- (10) Bubnoff, Gutachterzuständigkeit von Psychiatrie und Psychologen für Beurteilung von tiefgreifenden Bewußtseinsstörungen (§ 51StGB) zu einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe, Der Nervenarzt, 1973, S.497. Vgl. Walder, Der Affekt und seine Bedeutung in schweizerischen Strafrecht, Schweizer. ZStW Bd.81, 1965, S.24f.
  - (11) 小野清一郎・新訂刑法講義総論(二五版・昭和三十一年)一三七頁、三三八頁、一二頁以下。
  - (12) 一九六六年ドイツ刑法草案総則対安理由書(法務省刑事局・刑事基本法令改正資料一五号・昭和四十四年)二頁以下。
  - (13) 平野龍一「草案と責任主義」刑法改正の研究(平場安治・平野龍一編(昭和四十七年))一六頁以下。刑法学会第五回大会の共同研究「戦後刑事責任論の軌跡」に関する討議においては、道義的責任を主張される真鍋教授も、この方向自体は認められるようであった。討論要旨(刑法雑誌二四卷一号(昭和五十五年))一〇五頁以下参照。
  - (14) もっとも他方では、右の鑑定が外界的異常と人格的異常を峻別し、本件は前者にあたるとしている点にも疑問がある。とくに、正常人の情動は、外界的異常が精神的異常さらには人格的異常をもたらした結果として把握しうるものであり、そこでは、責任能力の判断と責任判断とは交錯する。この点を指摘するものとして、岡藤重光「責任能力の本質」刑法講座第三卷(昭和三十八年)三五頁、三六頁、八木国之「期待可能性論の批判的考察―強制を媒介として―」法学新報六六卷一〇号(昭和三十四年)二二頁以下。なお、佐伯千仞・米田泰邦・期待可能性(総合判例研究叢書・刑法二二・昭和三十一年)一八九頁以下参照。
  - (15) 情動行為は責任能力以外にも、行為論及び故意論の対象となりうる。本稿はこれらの点にも立入ることはできないが、行為性については一応その存在を前提とする。この点については、最近、上田教授が、情動行為においても無意識的統制が存在するとして行為性を肯定されている。上田健二「激情行動の行為性と故意(上)―G・シェーヴェの所説を中心として―」同志社法学三〇卷二・三号(昭和五十三年)七三頁以下、同・「行為性が否定された事例」刑法判例百選I総論(昭和五十三年)四二頁、同・「行為論の課題と展望」現代刑法講座第一卷(昭和五二年)二二五頁以下。
- 故意と情動の関係については、まさに個々の情動の強さによって異なるが、故意が否定される場合もありうると思われる。この点、とくに西ドイツでは謀殺のメルクマールの認識に関して問題となる。Vgl. BGHSt. Bd. 6, S.334ff. わが国で、殺人の故意が肯定された事例(但し、精神上の欠陥がなかった以上、意識の深層における殺意が認められるとするもので、精神上の欠陥がある場合についてはふれられていない)として、高松高判昭和三十一年一〇月一六日高判裁判特報三卷二〇号九八四頁。なお、久岡康成「誤想防衛と過剰防衛(1)」刑法判例百選―総論九三頁参照。

## 第一章 責任概念の変遷

### 第一節 従来の責任概念の意義

#### (一) 従来の責任概念

刑法上の責任の根拠ないしは本質をめぐる議論は多彩を極めている。その理由は、一つには、責任の根拠についての見解は、究極的には刑法及び刑罰の目的、機能に関する各論者の考え方に基づくという意味で、法哲学的色あいをもつと同時に、他方で、責任は実定法規の解釈においてはもちろん、とくに量刑においては実際の機能をもつからである。それにもかかわらず、第二次世界大戦後は、少なくとも、実定法の解釈の指導原理としての責任の本質については一定の合意が得られているともいえよう。責任とは行為者が行為に出たことに対する非難可能性であり、行為者は行為時に他の行為をすることが可能であったにも拘らず当該犯罪を行なったこと、あるいは、決定規範としての法の命令に従って意思決定することが可能であったにも拘らず法に反する意思決定を行ない、行為に出たことを非難するものであるとされている。いわゆる、行為責任、意思責任、規範的責任である。<sup>(1)</sup>第二次世界大戦前に有力であった行為者の危険性を重視する性格論的責任論、行状責任論、行為者不法論等は、ナチ体制の崩壊とともに修正を余儀なくされたのである。<sup>(2)</sup>こうして、責任の本質は行為者の行為に対する非難可能性であり、それは他行為可能性あるいは規範による動機づけの可能性を前提とするという見地から、故意、過失、責任能力、違法性の意識の可能性等が要求されることになり、期待可能性もこの枠組の中で判断されることになるのである。

そして、この他行為可能性を前提とする責任非難は、従来、とくに道義的責任論と結びつけて考えられてきた。<sup>(3)</sup>すなわち人間の意思自由を前提として、他行為が可能だったにも拘らず行為したことを非難し、それを根拠として行為

者に応報し、あるいは贖罪を求めようとする。たとえば、わが国でも、小野博士は刑事責任の本質を「違法な行為に出たことにつき、其の行為者に対する道義的非難に基づいて負わしめられる責任」であり「行為者が主観的に道義的に道義的軌範意識に従って行動すべく又行動し得た筈であるに拘らず、その義務に反する行為に出たことを非難する意味の消極的価値判断である」とされる。<sup>(4)</sup>このような考え方は、責任なければ刑罰なしという責任の消極的側面を越えて責任あれば刑罰あり、あるいは、およそ他行為が可能であれば責任ありとする方向に陥いる危険を孕んでいる。

ところで、西ドイツの現行刑法総則の立案過程においては、右のような伝統的な責任概念を強調する政府草案と刑法学者による対案とが対立したが、一九六六年の代案によって「刑罰を科するということは、刑而上学的な出来事ではなくて、人間が本来そうしたものである不完全な存在の共同体におけるにがい必要性なのである」ということがあらためて意識され、責任概念の内容にも反省が迫られるようになった。とくに代案の第二条は、刑罰の意味を定めるものは責任の贖罪ではなく、法益保護と行為者の再社会化であるとし、ただ、法治国家的観点から責任に刑罰限定機能のみを与えたのである。<sup>(5)</sup>わが国でも、これらのことは共通の認識となりつつある。<sup>(6)</sup>こうして、現在の我々の課題は、

責任の法治国家的刑罰限定機能を維持しながら、積極的責任主義に陥ることなく、刑罰の法益保護目的、行為者の再社会化目的をできるだけ達成するようにすることであるといえよう。具体的には、規範による動機づけ可能性、他行為可能性の存在しないところでは、責任非難及び処罰を断念するとともに、他行為が不可能といえない場合であつても、刑罰の法益保護目的及び再社会化目的上必要であれば、責任非難及び処罰を断念し、それを責任能力や責任阻却事由の解釈論の中で展開し、理論づけねばならないのである。

しかし、ここで、まず、そもそも我々はなぜ他行為可能性あるいは規範による動機づけの可能性を法治国家的保障原理として残しておかねばならないのかを考えておく必要がある。もし、他行為可能性が道義的責任の前提であり、



したがって応報や贖罪のみの前提であるならば、そのような他行為可能性を要求することは刑罰の目的を法益保護と行為者の再社会化に求める我々の立場と矛盾し、我々の立場からは説明がつかなくなってしまうからである。<sup>(7)</sup>たとえば、代案グループの一員であるロクシンは、責任原理の応報的側面を拒否し、その刑罰限定機能のみを認めたが、<sup>(8)</sup>はじめ、限定原理と責任原理の関係を説明しなかったために、予防と全く関係のない原理によって可罰性を限定しようとしていると解された。そして、アルトゥール・カウフマンから「刑罰に結びつけられている全ての前提は同時に刑罰を限定する——そして、その逆も成り立つ。このことは責任についてのみではなく、構成要件該当性、違法性、あるいは未遂における実行の着手にも妥当する。すでにそれ故、ロクシンが、責任の要求は可罰性を限定するものとしてのみ、したがって国民の利益にのみ作用するからという理由で、およそ人間の責任および自由が存在するかどうかという問題は自信をもって未決定のままにすることができるとしているのは、必ずしも正しいとは言えない。この議論に従えば、責任だけでなく、結局、全ての犯罪メルクマールを未決定のままにしておくことができることになろう。この点を別としても、明らかに存在し、確定できる責任のみが可罰性を決定できるのである」<sup>(9)</sup>という批判をうけた。自由意思論にここで立ち入る余裕はないが、<sup>(10)</sup>それを別としても、まず、なぜ責任原理が必要なのか、なぜ責任原理によって過度の予防的考慮を制限できるのかを説明しなければ、右のアルトゥール・カウフマンの疑問に答えることはできないであろう。次にこの点について検討する。

(1) Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 97ff. Schönke-Schröder (Lenckner), Strafrechtbuch Kommentar, 21. Aufl., 1982, Vorbem §§ 13ff. Ann. 118; BGHSt. Bd. 2, S. 194ff (200). 団藤重光・刑法綱要総論(改訂・増補版(昭和五五年))二四五頁、二四六頁。

(2) この経過については、大谷実・人格責任論の研究(昭和四七年)二二三頁以下参照。

(3) 団藤・前掲書二四六頁。Schönke-Schröder (Lenckner), a.a.O., Vorbem §§ 13ff. Ann. 118. なお、最判昭和三十一年一月四日刑集二二卷一

五号三四三九頁。規範的責任論の成立過程については、Aachenbach, a.a.O., S.97ff.

(4) 小野清一郎・新訂刑法講義総論（二五版・昭和三十一年）一三七頁、一三八頁、一二頁以下。

(5) 一九六六年ドイツ刑法草案総則対案理由書（法務省刑事局・刑事基本法令改正資料一五号・昭和四四年）二頁以下。Vgl. Schultz, Kriminalpolitische Bemerkungen zum Entwurf eines strafgesetzbuches, El962, JZ 1966, S.114.

(6) 平野龍一「草案と責任主義」刑法改正の研究（平場・平野編『昭和四七年』）一六頁以下、沢登俊雄「刑の適用」同書二五〇頁以下。

(7) 大谷・前掲書三四六頁、大谷・刑事責任の基礎（訂正版・昭和五二年）一一〇頁、一三八頁、一七四頁、一七九頁参照。

(8) Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, S.383ff.

(9) Arthur Kaufmann, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedanken im Strafrecht, in: Schuldprinzip, 2.Aufl, 1976, S.268.（邦訳として、大谷実・加藤久雄・生田勝義訳・フルトール・カウフマン「刑法における責任思想の理論的および刑事政策的側面」新しい刑法典のためのプログラム（ユルゲン・バウマン編著・佐伯千仞編訳・昭和四七年）六九以下がある）。レントナーもロクシンに対して同様の批判をする。Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, in: Handbuch der forensischen Psychiatrie (Hrs. Göppinger-Witter), Bd.1, 1972, S.18. Vgl. Arthur Kaufmann, Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Lange-Festschrift, 1976, S.28; Otto, Personales Unrechts, Schuld und Strafe, ZStW Bd.87, 1975, S.584ff. また、この点を明らかにしなければ、自由意思論によらずに、しかも人間の尊厳と自由的法治国家刑法の原則をうたてておくべきであるというギムヘルナートの批判にも答えることができないうであらう。Vgl. Gimbernat-Ordeig, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft? ZStW Bd.82, 1970, S.395.f, Fu. 39.

なお、右の論争は主として量刑論において行なわれたものである。ロクシンは、はじめは「責任は刑罰を限定するが根拠づけるものではない」としていたが（Roxin, a.a.O., S.383ff.）、これは自分でも不正確であったとし、後に「責任は刑事法的制裁（Kriminalpolitische Sanktion）を限定する手段であるが、根拠づける手段ではなく、責任原理によって限定された刑事法的制裁を刑罰と呼ぶ」方が適切であるとした（Roxin, Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, MschrKrim, 1973, S.320f.）。しかし、これら「ヤコブスから、真の問題を言葉の問題にすりかえている」との批判を受けた（Jakobs, Schuld und Prävention, Recht und Staat, 452/453, 1976, S.5.Fn.9）。しかし、結局「ロクシンは、責任相当刑による規範的予防という一種の一般予防が責任原理、刑罰限定原理の内容であるとした。この予防が威嚇的予防を限定する」という（Roxin, Strafzumessung im Licht der Strafzwecke, Schultz-Festschrift, 1977, S.469ff.; ders., Prävention und Strafzumessung, Bruns-Festschrift, 1978, S.190ff., 201f.; ders., Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-Festschrift, 1979, S.304ff.）。もちろん、このようなロクシンの説明の変化の背景には、責任に刑罰限定機能のみを与えていた代案が採用されず、現行ドイツ刑法四六条は責任を量刑の基礎とする量刑原則を規定したという事情がある。このような事情の下で、ロクシンはなお現行



法の解釈にも代案の基本思想を組み入れ、形而上学的な責任概念を排除しようとしたのである。つまり、ロクシンは、代案においては、責任相当刑は一般予防に通常必要な限度を越えていると考えてたが、現行法の解釈としては、責任相当刑の内容を規範的予防に必要なものであると定義し直すことによって、責任相当刑を一般予防と一致するものと考えるに至ったのである。なお、クラオス・ロクシン（斎藤誠二訳）「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（昭和五五年）四一頁、四二頁参照。

(10) 平野「意思の自由と刑事責任」刑法の基礎（昭和四一年）三頁以下、同「刑事責任について——批判に答えて——」同書六一頁以下参照。

## (二) 他行為可能性と予防

ここでは、道義的責任を基礎とした責任の贖罪や応報が他行為可能性を前提とするのは当然であるのに対し、刑罰の目的を法益保護や行為者の再社会化に求める場合には必ずしも他行為可能性を要求しなくてもよいことになるのではないかという疑問に答えなければならない。しかし、この点については答えはすでに歴史的に示されているともいえるのである。まず、悪に悪をもって応報することがどうして正義となり、正当化されうるのかといった応報説に対する基本的な批判は別としても、重大な法益侵害の場合にのみ刑法は発動するのであり、他行為可能性が等しいところでつねに等しく処罰するとはしていない。また、過失は結果が発生しなければ責任を問われないし、さらに、客観的処罰条件が存在しなければ処罰されない場合もある。すなわち、応報と他行為可能性は直接的に結びつくものではないのである。むしろ、刑罰の起源である復讐（Rache）は他行為可能性のなかった場合にも行なわれたのである。

未組織社会では、復讐という反動形式が予防的保護機能を営んでおり、これが唯一の有効な保護形式であった。しかし、社会が組織化されると、法益侵害に対する反動は予防原理に従って行なわれるようになる。こうして、結果刑法から責任刑法へと移って行ったのである。つまり、はじめはすべての結果惹起者に同じ仕打ちで応報していた。しかし、徐々に、そのような応報は意味がないことが理解されるようになった。偶然——他行為可能性のない行為は偶

然である——を予防することはできないからである。ここから、刑罰は行為者の認識および制御能力に結びつけられるようになったのである。<sup>(11)</sup>このように、他行為可能性はむしろ予防の見地から導入されたのである。責任原理は、結果原理に対して、刑法および刑罰をより選択的に、より目的的に適用することを意味する。責任原理によれば、行為者が避けえた行為のみを処罰すべきである。その理由は、避けることができなかった場合には禁止規範は予防的に作用しえない点に求められる。

しかし、右のようにして、確かに当該行為者については、他行為不可能な場合には禁止規範の決定規範としての機能が作用しないために当該行為を予防できず、行為者に責任を問えないとしても、一般予防上も同様のことがいえるのだろうか。一般予防上は、当該行為者に他行為が可能でない場合にも、これに責任を問い、一般人を威嚇しなければならぬのではないかという疑問が生じよう。規範は将来において繰り返される事態にも適用され、過去の事態に一度限り適用されるのではないかという意味で、いわゆる鎮圧的規範は立法者の意図いかんにかかわらず予防的機能を営むのであるから、いよいよ右の疑問は強くなる。全く鎮圧的と考えられる規範も、それが人間の将来の行動を動機づけることによって予防的に作用するとすれば、行為者の他行為可能性を問う必要はないように思われよう。

しかし、ここで一般予防の内容を威嚇ととらえてはならない。ノルのいうように、一般予防の最も重要な側面は威嚇ではない。多くの人々は刑罰威嚇によってはじめて動機づけられるのではない。法律は市民に現行規範の内容を教える。多くの市民にとっては、不可罰になることのみではなく、およそ法秩序に衝突することなく生活することの方に<sup>(12)</sup>関心がある。この点に作用することが一般予防の最も重要な側面である。<sup>(13)</sup>いいかえれば、刑の執行等の効果から切り離しても、法の内容を人々に知らせることこそ一般予防の本質的内容である。判決はこの規範の内容を確証し直すに<sup>(14)</sup>すぎない。そして、法規範は決定規範としては、行為者に他行為可能性を前提として規範の内容を命令しているの

であり、判決も当該行為者の他行為可能性を前提として、一般人に対し、この行為者のような状況で行為に出ることは法規範に反するものとして責任を問われることを宣言するのである。

この行為者の他行為可能性の不存在と一般予防との関係については、さらに、社会心理学的に、他行為可能性が一般予防の要素に入り込み、例えば責任無能力者について「彼はそれについては何もできない」という場合には、その行為が模倣される可能性がないという説明も可能である。つまり、規範による動機づけが不可能であったという場合には、規範の内容や効果自体は失われていないのであり、一般人はなお行為者以外の者に対する規範の妥当性について疑いをもつには至らない。他行為不可能であった場合にはもともと行為者が規範に反したという結論は導かれず、規範の内容を確証し、秩序を安定化させる必要はないのである。たとえば、他行為不可能の原因が精神病による責任無能力にあれば、それは一般人からは病気と同一視され、<sup>(15)</sup>一般人はその者が無罪になったからといってその行為者を模倣することはないのである。<sup>(16)</sup>

(11) Noll, Straf ohne Metaphysik, in: Mißlingt die Strafrechtsreform (Hrs. Baumann)?, 1969, S. 55ff.

この邦訳として、吉川経夫「形而上学のない刑罰」法律時報一九七一年一〇月号一七頁以下がある。

(12) Noll, Schuld und Prävention unter Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrecht, H. Mayer-Festschrift, 1966, S. 223.

(13) 規範的模範的予防 (normative Prävention) について Noll, Strafrecht im Übergang (Bemerkungen zu dem Lehrbuch des Strafrechts, A. T. von Prof. Dr. H.-H. Jescheck), GA 1970, S. 278. Vgl. Schultz, a.a.O., S. 119.

(14) Noll, Straf ohne Metaphysik, S. 53.

(15) Jakobs, Schuld und Prävention, S. 17ff.

(16) Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-Festschrift, 1974, S. 185ff. Vgl. Gimbernat Ordeig,

Zur Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit, Henkel-Festschrift, 1974, S. 159ff.

### 三 小 括

こうして、我々は、他行為可能性あるいは規範による動機づけの可能性という責任の前提は、道義的責任や応報よりも、むしろ一般予防、特別予防という予防目的から導かれることを理解したのである。この意味での責任原理はまさに刑法の合理化の流れから出てきた国家刑罰権の限定原理である。刑罰及び判決には確かに行為者に対し行為に出たことを公に非難するという側面があるが、それも悪に悪をもって応報するのではない。判決における非難も規範の内容としての非難以上のものではなく、積極的な意味をもつものではない。刑法は責任応報ではなく、法益保護を目的として、法益保護のために一般人及び行為者に規範を妥当させようとする。その前提が他行為可能性あるいは規範による動機づけの可能性である。以上にみたように、他行為可能性を責任原理として維持することは、刑法及び刑罰の目的を法益保護と行為者の再社会に求める我々の立場と全く矛盾しない。

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る。実際、責任原理の予防上の意義を説得的に説いたノルも、責任のある行為者に対して責任非難をしない場合には責任の予防的效果を放棄することになってしまおうとして、責任を肯定する<sup>(17)</sup>。そして、責任能力、限定責任能力、責任阻却の緊急避難、過失犯、禁止の錯誤についてとくに新しい解釈を示すことはなかった<sup>(18)</sup>。

しかし、他行為可能性は予防上不可欠の要件として、法治国家的刑罰限定原理として残しておかねばならないとしても、問題はそれだけでは解決されない。というのは、現在ではすでに、従来の他行為可能性の判断の中で予防上の考慮がなされていたことが意識されてきているからである。意思の自由についての決定論<sup>(19)</sup>、不可知論<sup>(20)</sup>、擬制論が責任<sup>(21)</sup>

の前提についてとくに一般予防を考慮に入れていることは明らかである。さらに、解釈論の範囲内でも、シュトラーター<sup>(22)</sup>、期待可能性の基準の個人から一般人への移行や、責任無能力の前提をめぐる議論一般が<sup>(23)</sup>テンヴェルトのいうように、期待可能性の基準の個人から一般人への移行や、責任無能力の前提をめぐる議論一般が<sup>(24)</sup>予防の必要性を重視している。特に問題となるのは情動行為(Affektat)と禁止の錯誤であろう。情動行為の場合、持続的な葛藤状態によって、情動行為を克服する力は少しずつ減少していくのであり、情動爆発そのものが行為時の支配力の喪失を示すともいわれる。<sup>(25)</sup>しかし、クリュムペルマンによれば、西ドイツの殺人の少なくとも四分の一はこのような情動行為によるものであり、そのすべてを責任なしとして扱うことは刑事政策上許されない。<sup>(26)</sup>他方、これを責任ありとするためには、行為時の他行為可能性に何らかの修正を加えて、情動の性質、葛藤状態の性質、情動自体の回避可能性、あるいは情動行為の回避可能性等を含めて判断することになる。<sup>(27)</sup>そして、現在、実際にそのような問題がなされているのである、禁止の錯誤についても同様であろう。<sup>(28)</sup>右のような問題は責任判断の基準を個人から一般人へと移し、一般的、社会的な責任概念によることにしても直ちには解決できないものであり、<sup>(29)</sup>予防の観点、とくに一般予防の観点が他行為可能性の判断に入り込んでいることを証左するものである。このような状況においては、他行為可能性の予防上の意義を明らかにしたからといって、それだけでは問題は解決できないことは明らかであろう。結局、さらに一步を進めて、規範的予防上必要な最小限度の要求としての他行為可能性をどのようにして行為者に実際に保証していくか、そして、責任判断に含まれているその他の予防上の考慮をどのようにして合理的なものにしていくか、さらに、どのようにしてその考慮を責任判断に組み込んでいくかが重要になってくると思われるのである。<sup>(30)</sup>この点は本稿の中心的論点であるので、次節以下でさらに検討することになる。

本節では、我々は、従来、道義的責任や応報と結びつくと考えられる傾向にあった他行為可能性という責任の前提も、実は一般予防および特別予防の見地からよく説明できること、しかし、現在では、それだからといって従来の責



任判断の枠組にとどまっていられないような種々の問題が提起されていることを確認したのである。

(17) Noll, Straf ohne Metaphysik, S.56.

(18) Noll, Schuld und Prävention, S.225f.

もっとも、量刑論においては、ノルは以上のような責任についての考え方から、次のような具体的結論を導いた。すなわち、量刑も予防的観点から行なわれる。ノルによれば、責任の程度による量刑とは、まず、行為者に責任を負わせうる限りで、法益侵害の重大性によって量刑することである。しかし、主観的メルクマールも予防に関係する。規範になかった動機づけを困難にした事由は責任を軽くする。しかし、責任と予防の関係からすれば法益保護に関係する主観的メルクマールのみが責任を重くする。衝動からの動機はそれが価値に反したものであらうとなかろうと、規範になかった動機づけを困難にするので、責任を軽くする。たとえば、淫行殺人(Sexualmord)においては、異常な性衝動は責任を軽くする事由として、一方、行為者が被害者に与えた精神的、肉体的苦痛は責任を重くする事由として考えなければならない。これに對して、行為者が行為の際に主観的に性の快楽を感じたという理由で責任を重くしてはならない。そのような道徳化した考え方は責任思想および予防思想に反する。Noll, Schuld und Prävention, S.231f. なお、ノルの刑罰論については、Noll, Die ethische Begründung der Strafe, Recht und Staat 244, 1962. など、ノルの責任論を、責任の実質的内容を予防という刑罰目的から導き出そうとする最近の傾向の端緒であると評価するのが一般的である。Vgl. Burkhard, Das Zweckmoment im Schuldbegriff, GA 1976, S.321; Jakobs, a.a. O., S.8; Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S.21.Fn.46. 本書の紹介として、真鍋毅「責任原則の帰趨」Law School 一九七九年四月号三四頁以下、同五月号八六頁以下、大山弘「刑法の責任主義の将来」関西大学大学院法学ジャーナル二三号（昭和五三年）八七頁以下がある。

(19) Nowakowski, Freiheit, Schuld, Vergeltung, Ritter-Festschrift, 1957, S.55ff., insbes. 70.

(20) Welzel, Das deutsches Strafrecht, 11.Aufl., 1969, S.152f.

(21) Kohlrausch, Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung, Güterbock-Festgabe, 1910, S.1ff., insbes. 26. なお、大谷、人格責任論の研究三五七頁参照。

(22) Stratenwerth, a.a.O., S.12ff.

(23) Vgl. Aachenbach, a.a.O., S.143ff.

(24) Vgl. Maurach-Zipf, Strafrecht, A.T. Teil I, 1977, S.512; Krümpelmann, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969, ZStW Bd.88,1976,S.30ff.

(25) Krümpelmann, Motivation und Handlung im Affekt, Welzel-Festschrift, 1974, S.327ff., insbes.334.

(26) Krümpelmann, Die Neugestaltung, S.26.

- (27) Krümpelmann, Die Neugestaltung, S.35ff.; Geilen, Zur Problematik des schuldauusschließenden Affekts, Maurach-Festschrift, 1972, S.173 ff.; Rudolphi, Affekt und Schuld, Henkel-Festschrift, 1974, S.199ff.
- (28) Vgl. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, A.T., 3. Aufl., 1978, S.342f.; Rudolphi, a.a.O., S.299f.; Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.I, A.T., 1975, § 17 Anm.44ff.
- (29) ミュラー・デーニッシュ・H (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「三卷一・二号(昭和五四年)一〇一頁。
- (30) Vgl. Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, S.212ff. Stratenwerth, a.a.O., S.42ff.; ders., Tatschuld und Strafzumessung, Recht und Staat 406/407, 1972, S.28ff.

## 第二節 実質的責任概念

### (一) 実質的責任概念

フランチ・フォン・リスト以来、刑法解釈学と刑事政策は分断されてきた。すなわち、刑法解釈学は法適用の恣意性と偶然性を排除するために、刑事政策的目標を度外視して、実定法規定を概念的に分析し、体系的に整序することを任務としてきた。一方刑事政策は、刑法の社会的機能と目的を追求するものとして、刑法解釈学とは別個に行なわれるべきものとされてきた。<sup>(1)</sup>しかし、このような両者の厳格な分断が貫徹できないことは明らかであろう。たとえば、正当防衛の解釈において、急迫不正の侵害はどのような場合に認められるか、行為者が予期していてもよいか、喧嘩闘争の場合はどうか、さらに、防衛意思は必要か、必要としても攻撃意思と併存しうるかといった問題、あるいは、未遂犯の処罰根拠としての危険性の程度の問題をとってみても、これらは政策的考慮なしには解決できないであろう。<sup>(2)</sup>このような解釈学への政策的考慮の介入は現在ではむしろ一般的に意識されている。そして、さらに、違法性論に関しては、基本的には対立する諸価値を社会的に調整するという観点から、わが国では、実質的違法性あるいは可罰的違法性のない行為について、構成要件該当性又は違法性を否定する見解がかなり有力である。<sup>(3)</sup>また、構成要件論につ



いては、罪刑法定主義自体が政策的意義をもつものとして解釈原理となっているといえよう。ところが、責任論に目を転じてみると、従来は、形而上学的意思自由を前提とする非難可能性であるとされるだけで、とくに刑事政策的意義についてあまり考慮されてこなかったように思われる。しかし、まず、他行為可能性の判断基準を一般人に求めるか、あるいは行為者に求めるのかという問題にしても、どちらにするかというだけでは解決にならず、なぜそうするのかを問わなければならない。<sup>(4)</sup> また、期待可能性の理論をとってみても、ヘンケルのいうように、<sup>(5)</sup> この理論自体は内容や基準のない一般条項的なものにすぎず、なぜ行為者に他の行為を期待できないのかという問に答えていないのである。<sup>(7)</sup> さらに、ロクシンがいうように、ナチス統治下で安楽死を行なった医師の場合には、他行為可能性が存在するにも拘らず、責任が阻却される。したがって、他行為可能性以外の考慮に責任の実質を求めなければならないことになる。<sup>(8)</sup> あるいは、強いて言えば、従来は、道義的責任を中心とする応報や贖罪が責任の刑事政策的意義とされていたということになるか。だが、それらの考え方が強い批判にさらされていることはもちろん、その他の一般予防、特別予防が責任論の領域に入り込んでいることは、すでに述べた。こうして我々は、責任論においても、その解釈の指導原理となる刑事政策目標を探さねばならないであろう。それは実質的責任概念 (der materielle Schuld<sup>(9)</sup> begriff) の探究である。

まず、責任は可罰性評価の最終段階であり、違法性判断の段階で、諸々の利益の調整の結果なお法秩序に反するという判断をうけたものにさらに評価を加えるものである。そして刑法の合理化、脱倫理化を基本にするならば、その責任判断において行為者に道徳的非難を内面に立ち入って行なうことはできない。とすれば、責任判断も刑罰目的という政策と連携を保ちながら、合理的になされるべきであろう。刑罰の目的はすでに述べたように、法益保護のため的一般予防および特別予防であり、責任もそこに実質的、政策的意義を求めるべきである。すでに、同様の考え方から、佐伯千仞博士は「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ができないのである。あたかも、刑法上の違法が、特に可罰的違法として特殊化されたように、責任もまた、それが刑法上の意味をもつ（刑事責任である）ためには、可罰的責任として特殊化することを要するのである。この可罰的責任の特徴は、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ということである<sup>(11)</sup>とされていた<sup>(10)</sup>。内田教授も、最近「実質的責任概念」を提唱され、軽微な過失について責任を排除されている<sup>(12)(13)</sup>。これを一般的におしひろげて、ロクシンは「責任は刑事政策的に刑罰目的論からその内容を得る」とするのである。

もちろん、一般的に責任の実質を一般予防及び特別予防に求めることには批判があろう。シュトラーターテンヴェルトは、予防のメカニズムは非常に複雑なので、直接に予防を考慮しても責任論の領域の問題にあまり答えられないのではないかと疑問をなげかけている<sup>(14)</sup>。また、ドレーアーも、責任を刑罰目的論から構成することは、期待可能性論よりも空虚な一般条項に戻ることにになると批判する<sup>(15)</sup>。しかし、当面の課題は、実定法の解釈にあたって、あるいは実定法が未解決にしている領域について、責任阻却の基礎となっている理由を探し、それを基準とすることであって、この点は従来の解釈論の方法と異なることはない。そして、それを刑罰目的、すなわち予防目的に求めるだけである<sup>(16)</sup>。すでに責任論の中に予防的考慮が入っているのであるから、我々はそれを正面からとりあげて、合理的に再検討できるようにしなければならないのである。こうして、実質的責任を刑罰目的である予防に求めるとしても、それはあくまで解釈原理として働くのである。第一節で考察したように、他行為可能性は一般予防上も特別予防上も必要不可欠の要件ではあるが、十分条件ではない。他行為が不可能といえない場合にも、実質的責任概念によって、個々の責任阻却事由の

解釈に際して、さらに、実定法上は規定されていない領域について、立法者が刑事政策的観点から、その行為者に行爲について責任を負わせようとしたか、一般予防又は特別予防上処罰すべきだと考えたか否かを問題にすべきなのである。ただ、このような方向で実質的責任概念を考えると、それが従来の他行為可能性による解釈とどのように異なり、どのような点で合理的だと言いうるのかを明らかにしなければ、単なる名称の変化以上の意味をもちえないであろう。そこで、次に、実質的責任概念による解釈の例をみてみることにしたい。

- (1) Vgl. Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem 2. Aufl. 1973, S. 14f. (第一版の前半部分の邦訳として、斎藤誠二「クラウス・ロクシン 著『刑事政策と刑法体系』(一)成蹊法学三卷『昭和四七年』一三五頁以下)。
- (2) 大沼邦弘「未遂犯の実質的処罰根拠」上智法学論集一八卷(昭和四九年)一号六三頁以下参照。
- (3) 佐伯千仞・刑法講義総論(四訂版・昭和五六年)一七六頁以下、一八二頁以下、藤木英雄・可罰的違法性(昭和五〇年)五九頁以下参照。
- (4) Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“, S. 179ff.
- (5) 佐伯・刑法に於ける期待可能性の思想(昭和二二年)一頁以下参照。
- (6) Henkel, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Mezger-Festschrift, 1954, S. 249ff., insbes. 303f.
- (7) Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“, S. 173f.
- (8) Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“, S. 174ff.
- (9) Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“, S. 174ff.
- (10) 佐伯・刑法講義総論二二二頁。
- (11) 内田文昭・刑法Ⅰ総論(昭和五二年)二〇八頁、二二〇頁注(10)。
- (12) Roxin, Kriminalpolitik (注1参照), S. 33. ロクシンは、用語としても「責任」にかえて「答責性(Verantwortlichkeit)」を用いている。
- (13) もちろん、佐伯説や内田説を単純にロクシン説と結びつけることには問題があろう。たとえば、佐伯博士が可罰的責任が否定される場合として期待可能性が著しく低い場合をあげられていることから、佐伯説の可罰的責任評価は責任非難の程度判断に従属し、ロクシンのように責任非難と独立に予防的見地から非難するか否かを決めるものではないと考えることもできよう(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——」関西大学法学論集三三卷一号(昭和五七年)一〇七頁)。しかし、佐伯説においても、その責任非難自体がすでに予防にむけられていることは明らかである。非難は「将来再び間違いをおこさないで生活」していくためのものであるとされるのである。刑

法学会第五回大会における佐伯博士の発言・刑法雑誌二四卷一号一〇七頁。

また、内田教授の「実質的責任概念」は、責任能力・故意・過失の内容が、主観的帰責可能性の前提たりうるほどの実質を具備しているかという形で主として問題にならう。しかし、さらに、教授の実質的違法概念及び違法性の確認の理論（総論一六〇頁以下）と実質的責任概念をパラレルに考えるならば、いわゆる責任阻却事由に該当しない場合であっても、刑罰目的からみて意思に対する非難をなすべきでないときには、責任ありと宣言しないということになると思われる。

- (14) Stratenwerth, Buchsprechung (Roxin: Kriminalpolitik und Strafrechtssystem), MschrKrim, 1972, S.197.
- (15) Dreher, Schrifttum (Roxin: Kriminalpolitik und Strafrechtssystem), GA 1971, S.218.
- (16) Roxin, Kriminalpolitik, S.33f., 48. Vgl., Zipf, Literaturbericht (Roxin: Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl.), ZStw Bd. 89, 1977, S.707ff.; Hirsch, Leipziger Kommentar, 9. Aufl., 1974, Anm.157 Vor § 51.

## (二) 実質的責任概念による解釈の例

すでに述べたように、実質的責任概念の探究は、近時、西ドイツの刑法総則の立案過程において量刑原則をめぐって政府草案と代案が対立し、それが犯罪論にも影響して、とくにロクシンによって主張されたのである。我々は第二章以下で、とくに情動行為の刑事責任を判断するにあたって、実質的責任概念がどのように機能しうるかを検討する。<sup>(17)</sup>そこで、ここでは、主として、責任論の領域のその他の問題の解釈について、ロクシンの説明を聞くこととしたい。

第一は緊急避難である。ここでは他行為可能性が全く欠けているわけではないが、状況が異常で反復可能性がないために一般予防、特別予防の必要性がなく、さらに、僅かな責任それ自体は国家の刑罰を正当化することができないので処罰できない。しかし、危険防止の職務に従事する者は、そのような者全体に対する一般予防という観点から処罰される。ドイツ刑法三五条一項はこの点について「事情により……行為者に危険を忍受することが期待できた限り」と規定しているが、それ自体としては内容のない期待可能性は、まさに、刑罰目的論からその内容を得るのである。すなわち、危険防止職の場合及び自招緊急避難の場合に、どの程度の危険忍受を期待できるかは、裁判官が、刑罰目

的論を考慮して、具体的な個々の場合の全事情を評価して決定するのである。<sup>(18)</sup>

第二は中止未遂である。この問題も、行為を途中で放棄した場合に処罰を必要とするかどうかという見地から、刑事政策的に責任の問題として扱うべきである。したがって、中止の任意性についても、行為者を中止させた心理的動機の強さが決定的なのではない。その行為を全体的に評価して、結局、行為者が合法な道にとどまっており、一般予防及び特別予防の必要性がない場合に、中止の任意性が認められる。<sup>(19)</sup>

第三は禁止の錯誤である。判例は、社会生活上必要な、行為者に期待される注意を守っていたとしてもなおその錯誤は避けることができたとする。<sup>(20)</sup>しかし、これは、法的に重要な行動については、疑念が明らかになるまでその許容性について調べれば禁止の錯誤は避けうるという仮定に基づくものであり、過度な要求である。社会生活上の必要性という観点からは、第一に、行為者にはその行動の許容性について考える契機があったかどうか、第二に、第一の前提が肯定された場合、信頼できる専門家に問い合わせれば計画した行動を中止する契機があったかどうかを調べるだけで十分である。この前提のどちらかが欠ければ処罰は必要ない。第一の前提に欠ける場合には再社会化の必要がない。また、右の前提に欠けるような錯誤は誰にでも起りうるので悪い例とならず、一般予防の必要性もない。<sup>(21)</sup>

第四は過剰防衛である。法は狼狽、恐怖、驚愕といった虚弱性情動にのみ答責性阻却を認め、怒り、憤激といった強壮性情動には答責性阻却を認めないが、これは「責任（他行為可能性）」からは説明できない。予防の観点からは攻撃的情動は一般に非常に危険であり、あらゆる手段をもって防止しなければならないが、虚弱性情動は模倣される心配がないので一般予防の必要がなく、また、行為者にも特別予防の必要性がない。このような刑事政策的考慮によれば、虚弱性情動において故意に正当防衛の限界を越えた場合にも不可罰とすべきであり、その際、必要性の限度を越えた場合だけでなく、攻撃の現在性を越えてなされた防衛も不可罰とすべきである。<sup>(22)</sup>



第五は過失の解釈論である。まず有名な暴れ馬事件のように、行為者が不注意によらずに客観的注意義務に違反した場合には、一般予防上は、過失規範によって、法益を危険にするような不注意を防止しようとする必要はない。また、行為者は認識および意思は完全であるにも拘らず、窮乏の故に、幸運を期待して法益の危険化に至ったのであるから、交通規則についての訓練という特別予防も必要ない。また、ロクシンの立場からは、過失の輕微性によって答責性を阻却すべき場合がある。誠実で信頼できる者も場合によっては過失を犯すが、そのような者を処罰することは一般予防上も特別予防上も必要ない。<sup>(23)</sup>

第六は超法規的答責性阻却である。ナチス統治下におけるオイタナジ―事件では、法秩序は無辜の者を殺すことを決して正当化しないという原則に固執すべきであり、よって違法性は肯定される。また、他行為可能性も存在する。しかし、答責性論によれば、状況の絶対的特殊性により一般予防の必要性に欠け、行為者は法益保護目的を有していたので特別予防の必要がなく、答責性が阻却される。<sup>(24)</sup>次に、エホバの証人事件では、宗教上の理由から入院と輸血を拒否し、治療を受けずに死んだ妻について、妻の決定に委ねた夫が不救助罪に問われた。連邦憲法裁判所は「この夫の決定は社会一般の支配的価値認識によれば否認されるべきである。しかしその夫の行為は、社会に委ねられた最も強力な武器である刑法によって行為者に対処することを正当化するほどに非難できるものではない。刑事罰は――その重さとは関係なく――そのような場合には、どの点（応報、予防、行為者の再社会化）からみても、相当な手段ではない」とした。<sup>(25)</sup>これはまさに他行為可能性という意味での責任を肯定しながら答責性を否定したものである。良心による決定の代替不可能性の故に一般予防の必要性がなく、行為者は祈りによる回復を信じていたので特別予防の必要性に欠ける。<sup>(26)</sup>

第七として、情動行為についてもここで簡単にみておくことにしよう。ロクシンによれば、正常心理学的情動にお

いては、通常は精神的に正常な人間は殺人を行なわないように自己を支配しなければならぬので、他行為は可能であり、従来の意味では責任ありといえる。しかし、行為者が欠点のない人間であり、他方、被害者が長年にわたって行為者を虐待してきたような場合には、特別予防も一般予防も必要なく、実質的には責任を問うことはできない。<sup>(27)</sup>

今ここで、右のような解釈について逐一検討することはできない。しかし、わが国においても、まず、緊急避難については、改正刑法草案一五条二項が「みずから危難にあたるべき業務上特別の義務ある者」には、緊急避難による不処罰を認める第一項を適用しないとしており、これは、ロクシン説によって説明できると思われる。<sup>(28)</sup> さらに、中止未遂については、わが国でも、任意の中止によって行為者の危険性の消滅が示されるとする見解は、特別予防の観点から任意性の問題を考えようとしている。<sup>(29)</sup> また、過剰防衛については、わが国においても盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律一条二項は、一定の要件をみたす場合には「自己又ハ他人ノ生命、身体又ハ貞操ニ対スル現在ノ危険アルニ非ズト雖モ行為者恐怖、驚愕、興奮又ハ狼狽ニ因リ現場ニ於テ犯人ヲ殺傷スルニ至ルタルトキハ之ヲ罰セズ」として、西ドイツの現行刑法三三条と類似の規定をしている。わが国ではすでにその解釈として、故意の過剰防衛についても適用があることは一般に認められており、<sup>(30)</sup> さらに、現在の危険があるとはいえない場合で、行為者もそのことを認識していてもなお適用されるとする見解もある。<sup>(31)</sup> さらにロクシン説と同様の結論がとられているともいえる。また、過失犯についても、軽微な過失について責任を問わない方向がすでにみられたのであった。<sup>(32)</sup> このように、責任論の領域の個々の解釈については部分的には実質的責任概念によるのと同様の見解が示されている。しかし、個々の解釈を超えて、一般的に責任論の解釈原理として刑罰目的を考慮するに至るまでにはなお批判が予想される。そこで、さらに、我々の実質的責任概念がなおそれらの批判に耐えうるかを検討することとしよう。

(17) ロクシンの答責性論による個々の責任阻却事由等の解釈については、すでに、とくに、浅田教授、中川教授によって紹介がなされている。



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（平場博士還暦祝賀・昭和五二年）二七二頁以下、中川裕夫「責任と可罰的評価——序説的考察——」同書・二五二頁以下。

- (18) Roxin, Kriminalpolitik, S.33f.; ders., „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“, S.182ff.
- (19) Roxin, Kriminalpolitik, S.35ff. Vgl. Roxin, Über den Rücktritt von unbeendeten Versuch, Heinitz-Festschrift, 1974, S.251ff., insbes. 269ff. なお、責任阻却事由について法律上の規定が存在するときは、罪刑法定主義の要請からして、たとえそれが責任論の指導原理からみてあまり適切ではない規定であっても、それを行為者の不利益に訂正してはならない。ロクシンはその例として、旧ドイツ刑法四六条二号の中止未遂について任意性を不要とする規定（なお現行刑法二四条参照）をあげる。Roxin, Kriminalpolitik, S.39.
- (20) BGHSt. Bd.21, S.81ff.
- (21) Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“, S.187.
- (22) Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“, S.189f. Roxin, Über der Notwehrhexez, Schaffstein-Festschrift, 1974, S.105ff., insbes. 116f., 122, 125ff. Vgl. Schmidhäuser, Strafrecht, A.T., 2.Aufl., 1975, S.471ff. insbes. 473, Fn.22.
- (23) Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“, S.190ff.
- (24) Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“, S.194f.
- (25) BVerfGE, Bd.32, S.98ff.
- (26) Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“, S.196f.
- (27) Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-Festschrift, 1979, S.293ff.
- (28) クラオス・ロクシン（斎藤誠二訳）「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三五頁、三六頁。
- (29) 木村亀二「中止未遂の概念」刑法の基本概念（昭和三三年）一二七頁、平場安治・刑法総論講義（昭和二七年）一四〇頁、平野「中止犯」刑事法講座第二卷（昭和二七年）四〇四頁参照。
- (30) 芝原邦爾「盗犯等防止法一条二項の意義」刑法判例百選—総論（昭和五三年）九六頁。
- (31) 平野・刑法総論Ⅱ（昭和五〇年）二四七頁以下、藤木・注釈刑法(2)の1（昭和四三年）二五八頁。但し、判例は危険が存在したことを誤信することまでは要求している。最決昭和四二年五月二六日刑集二二卷四号七一〇頁。
- (32) 内田・前掲書二〇八頁、二二〇頁注（10）。

### （三） 実質的責任概念に対する批判

実質的責任概念を導入することの意義は、從來他行為が不可能ではないとされ、責任が肯定されていた領域においても、なお、刑罰目的からみて一般予防又は特別予防の必要性に欠ける場合には責任を否定しようとする点にある。すでに述べたように、他行為可能性が存在しない場合には、行為者について規範は予防的に作用しえないのであり、また、一般人にとっても、そのような行為者が規範に反する行動をとったからといって、規範の内容や効果自体には変わりがなく、一般人はなお規範の妥当性について疑いをもつには至らないので、一般予防は必要ない。すなわち、実質的責任概念によっても、当然に責任は否定されることになる。ところが、この点について十分な理解がなされていないことが、予防効果の測定不可能性という論点と結びつけられて、以下のような批判を呼びおこした。そこで、実質的責任概念からは、そのような批判にどのように答えるかを検討したい。

第一に、予防という観点は責任の唯一の基準としてはあまりにも不明確であり、刑事政策的な刑罰の必要性についての判断は、つねに評価的で、非合理的な要素を含み、恣意に流れやすいという点が指摘される<sup>33</sup>。特にシェーネボルンは一般予防についてこの点を批判し、次のようにいう。性衝動行為者を責任無能力の病理学上のメルクマールをもつものとして扱うべきか否かという場合、例示的な処罰によって規範的態度をとるように強化しようという一般予防の観点からは責任能力ありとすることになる。これに対して、責任非難の前提としての自由を強調するならば処罰を断念する方向に傾きやすい。この場合、責任がないとされても結局は保安処分に付されるという異議があるが、保安処分は厳格な要件の下でのみ命じられるのであり、責任なしとされるすべての場合に保安処分に付されるわけではない。違法性の意識を欠く場合の解決についても、他行為可能性の要求の限界を拡張する傾向はまさに一般予防の考慮の帰結であり、これが責任原理の貫徹を妨げているのである。最後に、緊急避難の場合にも、例外的な事情があ

るにせよ、例示として処罰することは一般予防上合目的でないとはいえない。ロクシンはここで他行為可能性が存在するというのが、立法者は、責任原理の法治国家的機能によって、自由の幅が非常に制限された場合を他行為可能性が存在しないとしているのである。結局、責任原理は歴史的にまさに、一般予防的応報的要素を限定する原理として成立したことを十分に認識すべきである。<sup>(34)</sup> シュトラーターテンヴェルトもこの点について、行為者が規範に従って行動することができない場合に、ロクシンのいうようにつねに一般予防の必要性がないとはいえないとする。むしろ、反対に一般予防の観点が責任能力の判断に影響している。たとえば、重大な情動行為の判断にあたって、一般予防上必要と思われるものは現実の責任ではなく、帰責すること（Zurechnung）である。そして、この帰責についてはその時々世論が決定するであろう。しかし、予防の必要性に対する修正として、責任原理になお独自の意義を与えようとするならば、責任原理を予防の必要性に還元してはならない。事実的關係をもつものとして残しておかねばならない。<sup>(35)</sup>

しかし、シェーネボルンは、立法者は自由が非常に制限された場合を他行為可能性がないとするというが、ロクシンのいうように、なぜそうしたのかは、まさに責任原理の法治国家的機能のみからでは説明がつかないであろう。<sup>(36)</sup> ここに予防的考慮が入っていることを認め、その認識を基本にして、他の責任阻却事由等も考えていかねばならないのではなからうか。そして、その際に、他行為が不可能な場合は予防の必要性もないことを確認しなければならぬ。すなわち、ロクシンによれば「他行為不可能であるにも拘らず処罰することは問題外であり、反対に、責任が存在するにも拘らず、多くの場合に予防の必要性が刑事制裁を要求しないことを明らかにすべきである」。たとえば、責任無能力者を処罰することは、規範的要求という性質をもつ刑罰の社会心理学的効果を失い、一般予防的效果を弱めてしまふとすらいえる。実際には、社会的に「正常」な人間はその「正常性」を誇り、社会心理学的に、「異常者」と区別されると考えており、精神病者の行為を範とすることはない。<sup>(37)</sup> 結局、一般予防といっても威嚇ではなく、客観的及び

主観的に正常な状態にある者には一定の法規範が妥当することを一般人に知らせることが重要なのである。そのような一般予防のみが、刑罰目的として正当化される。

また、ここから、シュトラーターテンヴェルトの結論、すなわち、責任原理に予防の修正としての独自の意味を与えようとすれば、責任原理は予防の必要性に還元してはならず、事実的なものに求めなければならないという結論をとる必要もないことになる。たとえば、責任無能力が精神医学的に確定できる限り、そのような「事実的關係に基づく」診断が一般予防の必要性を失わせる。つまり、重大な情動行為の判断にあたって、一般予防上必要なものが現実の責任ではなく帰責であるとしても、心理学的、精神医学的に責任無能力とする見解が一般的になっている場合には、そのような診断によってすでに一般予防は不必要となるのである。<sup>(38)</sup>

第二に、特別予防に関して、実質的責任概念の導入に批判がある。たとえば、シュトラーターテンヴェルトは、ロクシンは責任なく行為する者には特別予防は不必要であるか又は刑罰は意味がないとするがこれは不適切であるとする。たとえば、禁止の錯誤において、法敵対性をもつ者が責任阻却されるならば危険であることは明白であり、ここでは、一般人を行為者から保護することは不可避である。また、禁止の錯誤を避け得なかった理由が行為者の人格上の欠陥に基づくこともあり、その場合には処遇が必要である。それにもかかわらず、これらの場合に処罰が許されないのは、まさに責任非難ができないからであるとする。<sup>(39)</sup>

しかし、これに対しては次のように答えることができる。刑罰は、行為者に規範的要求をなしえたにも拘らず行為者が刑法規範に反した場合の予防上必要な反動である。ロクシンは次のようにいう。シュトラーターテンヴェルトのあげた例でいうと、禁止の錯誤を避け得なかった理由が行為者の人格的欠陥に基づくときでも、その欠陥が規範的要求可能性を排除するようなときは、まさにこの可能性を前提とする行刑又は懲罰は不適切である。一方、具体的場合に、

一度だけ誤まったのであれば、その行為の違法性を認識して将来は同様の行為を避けることを期待できる。よって、この場合も処罰は必要ない。<sup>(40)</sup> すなわち、特別予防の内容としても、規範的予防の観点から考え、規範による動機づけを中心に据えるべきであり、その可能性がない場合に、行為者に対して保安を目的とする処罰又は人格形成に対する倫理的非難、それに基づく教育を行なおうとすることは、刑法及び刑罰の目的を越えるものである。<sup>(41)</sup>

(33) Muñoz Conde, Über den materiellen Schuldbegriff, GA 1978, S.70.

(34) Schöneborn, Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt, ZStW Bd.88, 1976, S.349ff. (紹介として、鈴木晃「クリスチアン・シェーネボーン『責任原則』と一般予防」中京大学大学院生法学研究論集創刊号《昭和五十六年》一六一頁以下がある)。シェーネボーンは、一般予防を、裁判官に考慮させることは、裁判官の過重負担になるという点を強調する。Vgl. Burkhard, Das Zweckmoment im Strafrecht, GA 1976, S.336f.

(35) Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S.30f.

(36) Roxin, Zur jüngsten Diskussion (注参照), S.282ff, 286f.

(37) Roxin, Zur jüngsten Diskussion, S.292ff., 295ff, S.300f. 同様のことはブルクハルトの批判に対してもいえる。Vgl. Burkhard, Das Zweckmoment im Strafrecht, S.336. なお、ムニョーン・コンデも、ロクシンに対し、責任及び答責性に関するあらゆる問題を予防の観点から説明できるかどうか疑問をもつ。たとえば、精神病に関する心理学的・精神医学的知識、緊急避難に際しての行為者の社会的立場などとは責任ないし答責性を論ずるにあたって欠くことのできない要素ではあるが、予防とは関係のない要素であるとする。そして、ムニョーン・コンデ自身は、他行為可能性あるいは規範による動機づけの可能性と行為者の社会的役割を総合した実質的責任概念を提唱する。しかし、緊急避難における消防士について、社会における役割が重要であればある程、それを過怠したときの責任も重いとする。これはまさに一般予防の必要性による説明ではなからうか。Vgl. Muñoz Conde, a.a.O., S.70f, 76f.

(38) Roxin, Zur jüngsten Diskussion, S.300f.

(39) Stratenwerth, Die Zukunft (注参照) S.35f. Vgl. Burkhard, Die Zweckmoment, S.336.

(40) Roxin, Zur jüngsten Diskussion, S.298ff.

(41) このようなロクシンの犯罪論との関連で、ロクシンの刑罰論及び量刑論にここでふれておきたい。まず、刑罰論については次の論文が重要である。Roxin, Sinn und Grenzen staatlichen Strafe, Jus 1966, S.377ff.; ders. Strafe und Strafrechtsreform, in: Programm für ein neues Straf-



gesetzbuch (Hrs. Baumann), 1968, S.75ff (邦訳として、米田泰邦「刑罰目的と刑法改正」新しい刑法典のためのプログラム(ユルゲン・パウレン編著・佐伯千仞編訳《昭和四七年》九九頁以下)、『Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, Gedachtnisschrift für Gustav Radbruch, 1968, S.260ff (紹介として、中義勝・山中敬「わが刑法体系における法理念と法素材との関係についての若干の覚書」関西大学法学論集二〇巻六号《昭和四六年》一一一頁以下)』。ders., Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, ZStW Bd. 81, 1969, S.613ff. ロクシンの刑罰論は「弁証法的結合説 (eine dialektische Vereinigungstheorie)」と呼ばれる。すなわち、刑罰予告(科刑、行刑)の各段階で、個人と全体、人間の理想と現実との対立を考慮しながら、それぞれの段階に応じた目的を追求する。前二者の段階では一般予防が目的となり、第一段階では、法益侵害を中心とする必要不可欠な処罰のみが許される。第二段階では刑罰は責任の程度を越ええない。行刑段階の目的は再社会化であるが、人格を無視した行刑はできない。このように、結合説といっても、応報は一貫して否定される (Noil, Straf ohne Metaphysik, in: Mißlingt die Strafrechtsreform (Hrs. Baumann)?, 1969, S.52)。わが国でロクシンの弁証法的結合説に賛成する見解として、中義勝「刑法理論の争い」論争刑法(昭和五十一年)三頁以下。

また、ロクシンの量刑論については、Roxin, Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, MschrKrim, 1973, S.316ff.; ders., Strafmessung im Licht der Strafzwecke, Schulz-Festgabe, 1977, S.464ff.; ders., Prävention und Strafmessung, Bruns-Festschrift, 1978, S.183ff. がとくに重要である。すでに第一節注(9)で述べたように、ロクシンは、代案においては、責任原理の中で、応報的側面を排除し、刑罰限定原理としての側面のみをとり入れようとした。そして、これは行為者の利益にのみ作用するのであるから、人間の意思が自由か否かは未解決にできるとした。この点がアルトゥール・カウスマンらによって批判された。この批判が強力であったこと、及び、現行西ドイツ刑法総則が幅の理論を採用し、代案の考え方を採用しなかったことから、ロクシンは、責任自体を予防と結びつけて考えようとした。すなわち、本文で述べたように、犯罪論における責任の実質を予防ととらえることと呼応して、量刑論においても、責任相当刑(幅の理論による)は実際には一般予防と一致するというのである。そして、ここで注目されることは、犯罪論という一般予防が規範的予防であったのと同様に、量刑における一般予防も、法の確証 (Rechtsbewahrung) という意味での一般予防であり、威嚇とは区別されることである。こうして、量刑論においても責任の内容を予防によって規定していこうとするのである。但し、その測定基準としては、犯罪の重大性、犯行態様の重大性、他行為可能性の程度が含まれている点で、従来の量刑とはほとんど変化がなくなってしまうであろう(なお、幅の理論については、Bruns, Strafmessungsgerecht, 2. Aufl., 1974, S.263ff. また、西ドイツ刑法総則の量刑原則をめぐる議論については、Schulz, Kriminalpolitische Bemerkung zum Entwurf eines Strafgesetzbuch, E 1962, JZ 1966, S.114; Horskotte, Die Vorschriften des Ersten Gesetz zum Reform des Strafrechts über die Strafmessung, JZ 1970, S.122; Lackner, § 13StGB-eine Fehlleistung des Gesetzgebers Gallas-Festschrift, S.465ff. 阿部純一「刑の量定の基準について(上)」東北大学法学四〇巻三号《昭和五十一年》一六頁以下、斎藤誠二「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（昭和四九年）一一号一五頁以下参照）。こうして、ロクシンの量刑論における主張の中で特に新しいことといえば執行猶予や自由刑から罰金刑への換刑の規定がない場合にも、なお責任相当刑を下回る量刑ができるとする点にある。ロクシンは、自由刑が再社会化を妨げることが明らかで、かつ、法秩序の防衛という最低限度の一般予防の要求に抵触しないときにはこれを肯定する。しかし、法秩序の防衛という概念の内容についてはなお不明確であり、一般的には、責任相当刑以下の量刑が国民の法意識や法的信頼を弱める場合には法秩序の防衛の必要があるとされているにすぎない。BGHSt Bd.24, 540ff.（判例研究として、堀内捷三「刑罰目的としての『法秩序の防衛』」警察研究五三卷（昭和五七年）一一号八七頁以下）；Bruns, Strafzumessungsrecht, S.333ff.; Schönke-Schröder (Stree), Strafgesetzbuch Kommentar, 21. Aufl., 1982, Vorbem §§.38ff. Ann. 18a und 22. ロクシンも、責任相当刑を測る基準と法秩序の防衛に必要な一般予防を測る基準を、なおこれから探求しようというのである（Roxin, Strafzumessungsrecht (a.a.O.), S.480）。

なお、アルトゥール・カウフマンの弟子であるハフトは、最近、責任原理に、責任についての当事者間の話し合いという要素を織り込もうとし、この見地から、言語哲学的に責任は存在するものであるとし、責任を予防からとらえるロクシンに反対している。Haft, Der Schuld-dialog, 1978, S.21ff.

#### 四 小 括

本節においては、実質的責任概念を検討した。刑法解釈学と刑事政策の分断を反省し、責任論の段階で刑事政策的考慮を入れようとするのである。そして、その際、刑法及び刑罰は法益保護と行為者の再社会化を目的とすべきであり、可罰性評価の最終段階である責任判断にも、右の刑罰目的、すなわち一般予防及び特別予防を刑事政策的指標として導入しようとしたのである。<sup>(42)</sup>すでに、このような方向は、わが国においても、たとえば阿部教授によって基本的には認められているところである。すなわち「責任の観念は保持すべきであり、責任主義は依然国民の自由を守る保塁となるべきであろう。しかし、問題はそれだけではすまないものであって、われわれは責任の観念に積極的内容を与えなければならぬし、責任主義と刑事政策との関係を考えねばならない。カウフマンたちのように簡単に断念するのではなく、法治国家的明確性をみたすような責任の実質化がさらに探究されるべきである」とされる。<sup>(43)</sup>したがって、これらの問題は、阿部教授も指摘されるように「責任主義と刑事政策的、予防的要求との相互補完的および相互制約的



「関係」を明らかにすることにあるといえよう。そして、この点については、実質的責任概念による予防的考慮の濫用を防ぐために、予防的考慮は規制原理としてのみ機能させるべきであるという見解が強い。<sup>(44)</sup>しかし、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、規制原理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のである。すなわち、責任阻却と責任の存在は表裏一体の関係にあり、両者は同じ基準で判断されることになる。しかし、右のように、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、すでに第一節で明らかにしたように、他行為可能性が存在しない場合には責任は否定される。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。刑罰によって予防するということは、将来、同様の事態が発生した場合に、今度は規範に従って動機づけるように行刑し、予防するということであるから、行為者にそのような動機づけの可能性が存在しなければならない。この可能性がない場合には、行刑は不可能であるか、あるいは、将来のその可能性のあるような事態を予想して行刑することは不必要であり、いずれにせよ特別予防は必要ない。また、一般予防についても、規範による動機づけが不可能であった場合には、規範の内容自体はなお妥当していると考えられ、法の確証を行なう必要はない。

こうして、このような実質的責任概念を機能させ、批判者を納得させるには、まず第一に、たとえば、規範的な要求をなしえないものとして責任無能力が精神医学的・心理学的に確定できる限り、そのような「事実的關係」に基づく診断は一般予防を不必要にし、責任を問いえなくすることを明らかにしなければならない。ところが、ロクシンは答責性論という名称で、実質的責任概念を導入しようとしたが、本節の(二)でみたように、簡単に、他行為可能性の不存在が明白な精神病と他行為可能性は存在するが予防の必要性という点で問題になるにすぎない正常心理学的情動、<sup>(45)</sup>という

ような表現を用いる点で問題がある。というのは、現在では、心理学的、精神医学的に、正常人の情動行為が責任無能力となりうる場合があるかという点で議論がみられるようになってきているからであり、まさに、そのような場合に、他行為可能性の判断に予防的考慮を入れようとする判例が問題視されているからである。これでは、シュトラーターンヴェルトのように「事実的關係」が予防によって影響され、歪められてしまうという心配がわいてこよう。あるいは、ここではとくに、ロクシンは平均人に期待しうることを行為者が怠った点に責任の基準をみいだして、いわゆる一般的社会的责任に依っているようにみえるという批判が妥当する(46)ように思われる。したがって、我々は実質的責任概念を導入するとしても、なお、行為者個人の責任という見地に立ち返って、情動の責任判断についての精神医学的、心理学的見解にもなお十分な検討を加えなければならないであろう。

第二に、予防の判断基準も明らかにしなければならない。たとえば、一般予防に関していえば、ロクシンが処罰を肯定する繰り返しえない葛藤状態からの殺人、ナチスドイツ下の暴力犯罪と、ロクシンが処罰を否定する一定の正常人の情動行為、ナチスドイツ下のオイタナジー事件、さらにエホバの証人事件との間には、状況の特殊の一回性という点では差がない。したがって、何が一方では規範の内容の確証を必要とし、他方では必要としないのかについて、状況の一回性以外の基準によって説明しなければならない。これを合理的に説明しうるか、それを解釈論の中で示しうるかが問題である。

こうして、実質的責任概念を具体的に適用するためには右の二点を明らかにしなければならない。そこで、我々は第二章以下で、情動行為の責任判断を例としてとりあげて、この点について検討を加えることにする。しかし、その前になお、実質的責任概念の社会学的背景を考察して、行為者に責任を問うということの意味を考えておくことにしたい。

(42) なお、犯罪論体系上の問題として、ロクシンの見解は主観的違法論と結びつきやすいという指摘がある(浅田・前掲論文二九〇頁、大山・前掲論文一一二頁)。しかし、責任判断に予防的考慮をとり込むとする考え方自体は、客観的違法論からも主張されている(平野・刑法総論一五〇頁、佐伯・刑法講義総論・一六八頁)。さらに最近では、結果無価値論が社会的規範的責任に結びつくという平野教授の指摘もある(刑法雑誌二四卷二号一〇五頁)。

(43) 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(昭和五五年)一〇三頁。

(44) 浅田・前掲論文二九〇頁、鈴木晃「責任の予防的再編成に関する一考察——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二号(昭和五六年)六六頁。後者は、佐伯説は予防の必要性を規制原理としてのみ考える見解に近いとするが(但し、錯誤論を除く)、佐伯説では非難そのものが予防に向けられているのである。この点については本節注③参照。西ドイツで、予防の必要性を規制原理としてのみ考えようとするものとして、Stratenwerth, Die Zukunft, S.29.

(45) Roxin, Zur jüngsten Diskussion, S.293f.

(46) 大山・前掲論文九九頁。

### 第三節 実質的責任概念の社会学的側面

#### (一) 序

本節では、実質的責任概念の社会学的側面を考察することにした。すなわち、すでに述べたように、今日では、責任論の諸々の解釈は、責任の清算という角度からは説明できなくなってきた。なぜ、ある場合には完全な清算が必要であるとして責任が肯定され、ある場合にはそれは必要ないとして責任が否定されるのかを説明できないのである。そこで、刑法及び刑罰は責任の清算や応報ではなく、法益保護と行為者の再社会化を目的とするという観点から、この目的との関係で、行為者を法的に非難し、帰責するという制度がなぜ必要なのか、帰責はどのような機能を営むのかを考え、そこから帰責の基準や範囲を探ることになる。

周知のように、この点については、ヤコブスが説明を試みたのであった。しかし、ヤコブス自身のテーゼは、責任は一般予防によって根拠づけられ、測られるという大胆なものであったので、<sup>(1)</sup>強い批判を受けた。しかし、ヤコブス

の見解をいまだ少し検討してみると、実質的責任概念と基本的には同様の方向にあるように思われるのである。したがって、ヤコブスの考察は、我々にとっても学ぶべきところが多い。そこで、ここでは、ヤコブスの説明をきくことにしたい。

(1) Jakobs, Schuld und Prävention, Recht und Staat, 452/453, 1976 (以下「Schuld 略す」), S. 8ff.

## (2) 期待不充足の処理

我々は、各人が法に従って行動することを互いに期待し合って生活しているが、実際に法違反が行なわれた場合、ヤコブスによれば次の三つの方法で、期待の不充足すなわち失望を埋め合わせる。第一は学習し直すことである。その期待を将来はいだかないようにする。たとえば、行為者に対する処分によってさらにさらし者になる被侮辱者は、名誉を保護する規範が有効に作用しえないことを知り、それを信頼しはしなくなるだろう。第二は、関係を変えて、違反が繰り返されないように備える方法である。一定の交通規則順守が法的に保障されていても、なお、より安全性の高い自動車を購入し、危険な交通時間帯を避ける。刑法上は、危険な異犯者の威嚇、教育又は非教育的処遇による再社会化がこれに含まれる。第三の方法は、刑法上中心的な役割を果している。すなわち「現実にかからって (Kontrafaktisch)」期待に固執するのである。期待ではなく、期待に反したことを方を誤まりとすることによって期待の不充足を埋め合わせる方法である。法律学的には、規範的期待に反する事実を行為者に帰責するという方法である。その際、刑罰は、誤まった態度を帰責すると宣言するだけである。刑罰は、その態度を選択することは無価値であることを明らかにし、将来はそのような選択はできないようにする。これは威嚇ではなく、法的信頼を市民に覚え込ませるという意味での一般予防である<sup>(2)</sup>。

ところで、責任の内容については争いがあるが、次の点では一致している。すなわち、責任によって、期待不充足

の諸々の条件の中から、動機づけの誤まりをとくに重要だとしてとり出し、同時に、動機づけを誤まった理由を不問に付するという点である。誤まっているのは行為の際の事情ではなく、行為者の動機づけであり、この動機づけの誤まりは行為者のみに関係する。このようにして、責任によって行為者を孤立させ、行為者に帰責することによって、秩序は堅持すべきものであることが確証されるのである。規範違反の態度の効果が、学習のし直しによっては埋め合わせることでできず、その規範違反の可能性を他の適当な処置によって減少させることができない場合には、あらゆる制度において、帰責による秩序の安定化が必要である<sup>(3)</sup>。

ヤコブスは、以上の考え方に基づいて、常習犯、責任能力、禁止の錯誤、責任阻却の緊急避難、過剰防衛等について説明するが、ここでは、後に検討するヤコブスの見解に対する批判との関係で、とくに重要と思われる点をあげておくことにする。

第一は、秩序の安定化は、期待不充足を避けることができた場合に限定される点である。ヤコブスによれば、避けることのできなかった場合には、帰責による処理の必要性がなく、また、そもそも、行為者が規範を無視したという結論を導くことはできない。たとえば、生物学的要件に基づく責任無能力者については、人々はこれを自然災害と同様の障害として扱い、期待不充足の処理としては、事態を変化させて、そのままではそれ以上その者に法の順守を期待しないようにするのである。その責任無能力者を治療し、保安監置し、又はその無能力者は病気であるという説明で満足することになる。

第二に、期待充足が可能であったにもかかわらずそれを裏切った場合は、期待不充足を帰責以外の方法で処理することができるか、充足されなかった期待を有罪判決と刑罰によって安定化させねばならないかという角度から判断されることになる。たとえば、責任阻却の緊急避難と過剰防衛について、ヤコブスは次のように説明する。まず、責任



阻却の緊急避難について、最近、ロクシンは、この規定は予防の見地から無理なく説明できるとした。<sup>(5)</sup> この緊急避難が前提としている状況は非常にまれであり、行為者が計画できるようなものではない。そのような状況で法の要求を拒否した場合には、その処罰は予防の見地から意味がないというだけではなく、そのような場合は帰責以外の手段で処理できる。というのは、緊急避難の被害者の期待が充足されなかったことは、状況が非常にまれなために重要な点である。すなわち、予防的に意味がないということは、行為者への帰責によって秩序の信頼を安定化させる必要がないということである。この意味での一般予防の必要性の欠如が責任を阻却する。このことから、責任阻却の例外として、特別の法律的関係にある者についてはより多くのことが期待されるということも説明がつく（現行ドイツ刑法三五条一項二文）。目的が異なる場合には、同一の心理的状态も同一の責任とはならないのである。さらに、行為者がとくに過失等によって危険を惹起した場合にも以上の説明が妥当する。責任阻却の緊急避難において、法は最高の利益の放棄を刑罰によって強制しはしないであろうという行為者の期待か、又は、自分の利益の尊重についての被害者の期待のどちらかが充足されないことになる。これを決定するのは、どちらの期待の不充足が法の信頼をより害せずにすむかということである。行為者が禁止された領域にいる場合には行為者の期待を不充足とする。もちろん、禁止された領域でも期待不充足について保障をうけることができるが、許された領域に比べて弱い保障となる。<sup>(6)</sup> 過剰防衛についても以上の説明が妥当する。第一次的に重要なのは、再社会化や威嚇ではなく、期待の保障という意味での一般予防であり、秩序維持のためには、その期待の不充足という事実にさからって期待を保障しなければならぬかどうかである。<sup>(7)</sup>

このようにヤコブスの見解は、一般予防に関する限り、実質的責任概念をささえるものとして有益である。責任あるいは帰責の目的、実質を、犯罪によって害された秩序を安定化することに遡って考え、そこから、帰責の基準と範囲

が決定されるといっても、有責とされるのは、行為者がその行為を避けることができ、また、規範を信頼することが正しい場合であることに注意しなければならない。すなわち、他の行為が不可能なときには、当然に、信頼違反とならず、又他の処理が可能である。そして、他行為が不可能といえないところでも、他の期待不充足の処理方法が可能である場合には、なお、責任は否定されるのである。

(2) Jakobs, Schuld, S. 10ff.

(3) Jakobs, Schuld, S. 12f. 以上のヤコブスの説明は、周知のように、ルーマンの法社会学の考え方を刑法学に導入したものである。Jakobs, Schuld, S. 9, Fn. 19, S. 10, Fn. 21ff., S. 13, Fn. 36. Vgl. Luhmann, Rechtssoziologie, 2. Aufl., 1972, S. 31ff (邦訳として、村上淳一・六本佳平訳「N・ルーマン法社会学」(昭和五二年)三七頁以下参照)。

(4) Jakobs, Schuld, S. 17ff., 24f.

(5) Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorie, Henkel-Festschrift, 1974, S. 183f.

(6) Jakobs, Schuld, S. 20ff.

(7) Jakobs, Schuld, S. 23f.

### (三) 社会学的考察に対する批判

責任あるいは帰責の社会学的考察には様々の批判がある。それらの批判によれば、このような社会学的考察によれば、結局、責任は一般予防の派生物にすぎず、たとえば、責任無能力又は責任能力等というものはおよそ事実として存在しえなくなってしまうのではないかというのである。確かに、ヤコブス自身そのような表現をしているところ<sup>(8)</sup>はある。しかし、我々の見解によれば、社会学的考察によっても、決して、責任無能力等についての事実判断(診断)を蔑ろにすることにはならないのである。以下において、この点を今少し明らかにしよう。

第一に、シュトラーターテンヴェルトは、ヤコブスは期待不充足を帰責以外の方法で処理しうる場合にのみ責任が阻却されるといふテーゼをたてるが、責任判断には独自の事物法則性があり、これは右のテーゼでは説明できないとする。

たとえば、ヤコブスは、衝動行為者の責任阻却は治療方法が提案された場合にはじめて議論できるとする。しかし、このような場合には、治療だけでなく、病気であるというような説明も可能であろう。なぜ、衝動行為者の責任阻却を治療可能なものに限定すべきなのか全く理解できない。また、衝動の力動的関係について理解が深まるほど責任阻却されやすくなるであろうが、それは事物の本質それ自体に関することである。さらに、最も重大な情動行為について、病気であるとか、自然災害と同様のものであるという説明は、事実として全く誤っている。そのような場合を正當に評価しようとするならば、法に反する人格的決定によるものでない場合には期待の不充足とは考えないということになる。しかし、そうすると、行為者に規範に従う能力がない場合には規範の妥当性は全く問題にならないという<sup>(9)</sup>ことになり、責任原理が再び優先することになる。

第二の批判は、責任無能力者や責任阻却事由の存在する場合にも処罰は行為者に効果があり、少なくとも一般予防効果がないとはいえないとするものである。まさに、責任を阻却するような衝動についても帰責以外の方法で期待不充足を処理しうるか疑わしい。したがって、ヤコブスの理論では、刑罰による期待不充足の処理が必要な場合と他の処理の可能性が存在する場合との間の区別について、利用できるような基準を提供できないことになる。<sup>(10)</sup>

第三の批判はより基本的なものである。ブルクハルトは次のように簡潔にまとめている。「責任原理が個人を社会的要求から保護し、行動選択のシステムによって個人の自由を最大限に保障するという機能をもつ限り、責任原理は刑罰目的の考慮とは決して関係しない。むしろ、責任原理は——予防的には——実効性の喪失をもたらしうるのである、それ故、刑罰目的から完全に解釈することはできない。責任なしの刑罰、責任を考慮しない刑罰は無益というより不当である」。<sup>(11)</sup>

まず、第三の批判について考えてみよう。この批判において考えられている予防の内容とヤコブスのいう予防の内

容の相違は明らかである。ヤコブスのいう一般予防は、犯罪によって悪化した秩序を元に戻すことのみを前提とするのであって、およそあらゆる犯罪を防止しようとするようなものではない。そして、この秩序の回復は、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による。したがって、威嚇や保安を目的とする場合とは異なり、責任原理とは矛盾しない。ここから、第二の批判もヤコ布斯には妥当しないことになる。責任無能力者に対しては、そのままでは将来においても規範に従うよう要求することはできない。また、責任無能力者を処罰しなくても、正常人の規範には影響しないからである。<sup>(12)</sup>

このように考えると、問題は第一の批判においてシュトラテンヴェルトが指摘したように、責任能力や他行為可能性を事実としては認めないというヤコブスのテーゼを貫きながら、なお、右にみたようなヤコブスの結論を導き出すことができるかどうかということになる。<sup>(13)</sup>そしてこの点については、ヤコ布斯が一定の主体の態度を法的に無価値なものとして帰責することを前提としている点に注意すべきであろう。シュトラテンヴェルトやブルクハルトは、ヤコ布斯は予防の必要性、帰責以外の処理可能性という自らのテーゼに従いえないとしたが、その理由もここにあると思われる。つまりヤコ布斯も、帰責以外の処理方法が存在するか否かだけではなく、帰責という手段をとることができるか否かを考慮することになるのである。ヤコ布斯は、避けえない禁止の錯誤、違法行為への動機づけが避けえなかった場合について、帰責による処理を要しないと説明するが、そこでは、さらに、規範による動機づけが不可能であったという事実が帰責を不当、不可能にしていると思われる。期待不充足が帰責以外の方法で処理しうるか疑わしい場合にも、責任無能力者が帰責されないのも同様の理由によるのではなからうか。最も強い情動も、病気と同様に規範による動機づけが不可能であったと説明しうるので、帰責は不可能、不必要ということになる。これに対して、ヤコ布斯は、衝動の多くの場合のように、事実としては病気と同様に規範による動機づけが不可能とはいえない

い場合には、なお治療可能性という要件が加わらねば帰責されるとするのである。

- (8) Jakobs, Schuld, S.31ff.
- (9) Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S.32f.
- (10) Burkhard, Das Zweckmoment im Schuldbegriff, GA 1976, S.335ff.
- (11) Burkhard, a.a.O., S.338ff., insbes. 340.ブルクハルトは、どうしてヤコブスがこのような主張をしたのかを探り、次の三つの理由をあげている。第一は、従来、責任原理の目的論的解釈があまりにも無視されてきたことへの反動である。第二は、ヤコブスは、一般的な刑罰の正当化の問題と、個別的、具体的な刑罰の適用の正当化を混同したことである。第三は、法の態度決定機能（命令機能）は法学の関心を集めているが、期待保障機能は無視されがちなことである。Burkhard a.a.O., S.340f. Vgl. Muñoz Conde, Über den materiellen Schuldbegriff?, GA 1978, S.71, Fn.47.

(12) このように、ヤコブスにとって、一般予防の内容は威嚇ではなく、規範への信頼を正しいものとして確証することである。この点は、ヤコブスの量刑論においても明らかである。まず、ヤコブスは、法的信頼をより確かにするというような一般予防に反対し、犯罪によって「悪化」した秩序・信頼を回復することを目指すべきであるとする。Jakobs, Schuld, S.33, Fn.85; ders., Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, Weizel-Festschrift, 1974, S.324f. そして、この意味での一般予防は行為責任によって測られる。Jakobs, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, S.323f. このような一般予防には威嚇的一般予防及び特別予防の行き過ぎを限定する機能がある。すなわち「通常の意味での責任刑法に外から課されねばならない制限、すなわち、責任の清算のために処罰されるのではなく、秩序維持のために処罰される」という制限は責任に潜んでいる一般予防目的を解説することによって、当然の制限であることが判明する」という。Jakobs, Schuld, S.31f. このようにみてくると、一般予防と責任の関係についてのヤコブスの見解はロクシンの見解と基本的に同一方向にあるようにも思えるのである。ただ、ヤコブスは、規範的予防に必要な刑量は、市民が犯罪に相当と考える刑量ではなく、法的信頼がどの程度害されたかによって測られる刑量であることを強調する。

他方、ヤコブスは、個々の要素が量刑において刑を重くするのか軽くするのかという問題についても、責任の目的的解釈という彼のテーゼから具体的結論を導き出している。たとえば、行為事情について、窃盗の際に誘惑的な宣伝方法がとられたことや陳列ケースに鍵がかかっていなかったという行為事情が責任を高めるのか、軽減するのか、あるいは責任とは関係がないのかは、責任の目的に依るとする。この種の宣伝を営業活動の行き過ぎとみる場合には、被害者の期待を法的に保障する必要はない。これに対して、この種の宣伝活動を正しいものとみる場合には、誘惑を克服するのは行為者の任務であるということになり、責任は軽減されない (Jakobs, Schuld, S.29f.)。また、一定の犯罪へ



の強い傾向を示す衝動が、規範が支配的動機となっていないという理由で責任を高めるのか、病気のようなものだということで責任を問われないことになるかは責任の目的によって決まる。この場合、病気のようなものであるという説明ができない場合には、特別予防上は制裁が必要のない場合でも、責任を問うことになる。反対に特別予防上は重い処罰が必要な場合でも、秩序の信頼の維持がそれ程必要ない場合には、軽い処罰で十分であるとする。Jakobs, Schuld, S.25ff. のように、ヤコブスにおいては、量刑においても一般予防が優先する。

(13) ヤコブスの見解は英米法の厳格責任の考え方に至るという理解もある。大山弘「責任と予防に関する一考察」関西大学法学論集三二巻一号八五頁。

#### 四 小 括

本節においては、実質的責任概念の社会学的側面を検討した。法違反があった場合にそれを処理して再び秩序を回復するために諸々の手段がとられる。第一に、その法規範がもはや妥当しないことを認めること、第二に違反が繰り返されそうな状況に再び入らないようにし、違反者に対する教育的処遇や治療を行なうこと等があげられる。そして、第三に最終的手段として、現実によって期待に固執する方法がある。刑法上の責任はこの最後の方法であり、行為者自身の動機形成過程をとりあげて、それを誤まりであるとして行為者に帰責し、規範自体はなお妥当としていることを示そうとするものである。

ところで、第一節においては、実質的責任概念によっても、他行為可能性が存在しない場合には責任を問えないことを明らかにしたが、本節においても同様の結論に至った。そのような場合には、第一に、行為者が規範を無視したという結論そのものを導けないこと、第二に、そのような場合には、その犯罪者を自然災害と同様のものとして扱い、治療、教育をし、あるいは被害者自分自身がそのような者と接触しないようにして、期待の不充足を処理するかである。

さらに、実質的責任概念によれば、他行為が不可能といえなくても、なお予防上の必要性がない場合には責任を問

いえないとしたが、本節での考察に基づけば、そのような場合は、帰責以外の手段で期待不充足を処理しうるので、帰責すべきでない」と説明することになる。予防の必要性がないということは、帰責によって秩序を安定させる必要性がないということと同義になる。たとえば、過剰防衛や責任阻却の緊急避難においては、右の第一又は第二の手段をとりうるであろう。もちろん、この点についてのヤコブスの説明は、法の規定を前提としていると思われる。そのため、期待不充足の処理が帰責以外の手段でなしうるか否かの判断基準についてはなお不明確な点もある。しかし、本節においては、ヤコブスの見解を検討することによって、とくに、一般予防と帰責の関係を理解することができたように思われるのである。

#### 第四節 実質的責任概念の限界

##### (一) 比例性原理

実質的責任概念は責任の実質を予防に求めるが、なお、規範による動機づけの可能性及び行為者への帰責を前提としている。しかし、最近、これらを前提としない比例性原理が、とくに、エルシャイド・ハッセマーによって主張された<sup>(1)</sup>。実質的責任概念はともすると、この比例性原理と混同される。そこで、本節では、エルシャイド・ハッセマーの見解を検討して、両者の違いを明らかにしておきたい。まず、比例性原理の主張者は、次の四点をあげて、他行為可能性又は規範による動機づけの可能性を前提とする責任非難は不要であるとする。

第一に、右の可能性、あるいは意思の自由については、刑事訴訟では確定できないことがあげられる。意思の自由の問題を回避しようとして、平均人の能力を責任の基準とする見解等もあるが、この見解も、どの限りで平均人からの逸脱が行為者に非難されるのかという問題に答えられない<sup>(2)</sup>。

第二に、非難は、非難される者とする者との人格的コミュニケーションを前提とする。しかし、裁判官の役割は刑

法及び刑事訴訟法によって規定されており、人格的コミュニケーションは不可能である。<sup>(3)</sup>

第三に、応報的行刑においては、行為者に対する倫理的な非難を実際に執行し、行為者は責任を贖罪したのであるが、再社会化行刑を目標とする場合には、判決に含まれている非難は行刑では機能せず、現実化されないことになる。また、非難を前提とすれば、刑種の選択や量刑においても、再社会化は行為責任の限界内でなされることになるが、この限界はある場合には広すぎ、ある場合には狭すぎる。<sup>(4)</sup>

第四に、実際上も、学説及び判例は、非難可能性という基本概念が刑法の適用に何ら直接的に影響しないようにしている。たとえば、行為者が故意又は過失によって行動し、刑法典の責任無能力又は責任阻却事由の規定に該当しなければ、行為者はすでに非難可能とされる。責任阻却事由は拡張できないとされ、責任阻却事由の規定の範囲内のみ、行為者が自由に自己決定できたかどうか問われる。ここでは、刑事政策的関心が責任原理に優先している。責任原理は現行法においてはフィクションである。非難可能性は可罰性の限界を定めるスクリーンではないのである。<sup>(5)</sup>

ところで、エルシャイド・ハッセマーによれば、それにもかかわらず刑法解釈学が非難ということに固執するのは、実は、社会の安定化傾向及び社会の利益に一致するからなのである。すなわち、秩序から行為者が自由に逸脱した場合には社会の側が何かを行なうべきではなく、社会に責任があるのではなく、それ故、社会制度の自己批判の契機とはならないのである。結局、刑法解釈学は、責任、非難可能性、自己決定の自由等を解釈論的基本原理として要求し、同時に、その解釈論的帰結を都合によって変化させてこの社会のごまかしに手を貸しているのである。<sup>(6)</sup>

他方において、比例性原理の主張者によれば、国家は責任のない行為者から被害者を守らねばならない。そこで、他行為可能性を前提とする責任ではなく、他人の法益を侵害してはならないという義務の客観的過怠に対して、負担（Haftung）を行為者に課する。これは、予防という観点を一貫させるものであり、法益保護によって始めて個人

の自由が可能となるという考え方に基<sup>(7)</sup>づく。そして、その限界づけとしても、形而上学的な責任原理ではなく、責任原理の基礎にある比例性原理を直接に刑法に導入し、<sup>(8)</sup> 実際の整合 (die praktische Konkordanz) により、行為者の基本的権利と行為者以外の者の法益保護の両者をできるだけ実現できるように調整するのである。たとえば、再社会化行刑の見込みが十分でない場合には、それが十分である場合よりも、行為者の自由が重点が置かれる。このように、刑法理論が社会倫理的な非難から自由になるほど行為者の自由を尊重し、行為者の基本権の侵害をそれ自体価値に反するものとして考えるようになる。<sup>(9)</sup>

それでは、エルシャイド・ハッセマーの立場からすると、たとえば、再社会化の必要性のないナチス統治下の犯罪者や葛藤状態から犯行に至った者の処罰はどのように説明されるだろうか。彼らは次のようにいう。まず、実際の整合の見地からは、応報自体には何らの価値もないが、応報がみだされない場合に、法の平和、したがって法益保護が妨げられうることも考えねばならない。ただ、責任原理のように無批判に応報の必要性を受け入れるのではなく、問題意識をもち、葛藤犯罪者等すでに社会に適応している行為者について、事態にかなった解決をしなければならぬ。解決方法についてはここでは説明できない。しかし、平和の保障と葛藤行為者の自由の利益の最善の整合可能性は、社会が葛藤行為の社会心理学的構造について理解すればするほど、高まるであろう。こうして、エルシャイド・ハッセマーによれば、比例性原理のみが社会の非合理的な応報の要求から離れて、右の要素を合理的に評価することができ<sup>(10)</sup>るのである。

(1) Günter Ellscheid/Winfried Hassemer, Straf ohne Vorwurf, in: Seminar, Abweichendes Verhalten II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität Band I (Hrs. Lüderssen und Sack), 1975, S. 266ff. = in: Civitas, Jahrbuch für Sozialwissenschaften 9, 1970, S. 27ff. (以下、Sitzungsgeschichte) Vgl. Hassemer, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974, S. 195ff.

(2) Ellscheid/Hassemer, a.a.O., S. 266ff.

- (3) Ellscheid/Hassemmer, S.270f. Vgl. Haft, Der Schuldialog, 1978, S.21ff.
- (4) Ellscheid/Hassemmer, a.a.O., S.271ff.
- (5) Ellscheid/Hassemmer, a.a.O., S.273ff.
- (6) Ellscheid/Hassemmer, a.a.O., S.275f.
- (7) Ellscheid/Hassemmer, a.a.O., S.278ff.
- (8) Ellscheid/Hassemmer, a.a.O., S.282f.
- (9) Ellscheid/Hassemmer, a.a.O., S.283ff.
- (10) Ellscheid/Hassemmer, a.a.O., S.286ff.

## (二) 比例性原理に対する批判

しかし、このような比例性原理には賛成できない。第一に、アルトゥール・カウフマンが主張するように、責任原理には実質的犯罪メルクマールとしての機能、行為の客観的側面と主観的側面との一致を要求する機能、刑罰を責任相当なものとする機能があるが、前二者は比例性原理とは全く次元を異にし、比例性原理によって置きかえることはできない<sup>(11)</sup>。第二に、エルシャイド・ハッセマーは、犯罪は個人だけの問題ではなく、社会の問題でもあるとし、この点が無視されるメカニズムを明らかにし、責任を行為者にのみ負わせることをやめて、犯罪の背後にある社会の責任をも考えていこうとする<sup>(12)</sup>。しかし、シュトラテンヴェルトのいうように、法規違反を人的責任によらずに処理しうるかについては、現段階では疑問がある<sup>(13)</sup>。第三節で考察したように、法規違反の処理方法として、現段階ではなお、最終的手段ではあっても、行為者自身に帰責し、法規範自体は妥当していることを確認する方法が必要であると思われる。第三に、予防の必要性を考慮するとしても、なおその内容は威嚇や保安ではなく、規範的予防にとどまるべきであり、第一節で考察したように、その限りで、当然に規範による動機づけの可能性に結びつかねばならないと考えられる<sup>(14)</sup>。



規範による動機づけの可能性のない行為者から被害者を守ることも必要ではあるが、それは刑法及び刑罰の任務ではない。たしかに、エルシャイド・ハッセマーも、葛藤行為者について、その社会心理学的構造に関する理解が深まるほど、平和維持と行為者の自由についての利益がよりよく整合されるようになる<sup>(15)</sup>。そして、その際に、葛藤行為者には規範による動機づけが不可能になるということ<sup>(16)</sup>、一般人はそれを特殊な場合として自己の場合と区別する<sup>(17)</sup>ということが考慮されているようでもある。もし、そのような理由づけであるならば、まさに規範的予防を考えていることになる。しかし、このような考慮によって不可罰に至る場合が存在するかどうかは、エルシャイド・ハッセマーにおいては明らかではない。やはり、有罪判決からあらゆる非難の性格を除こうとするエルシャイド・ハッセマーにとっては、規範による動機づけや他行為可能性が判決において独自の意義を持つとは考えられないように思われる<sup>(18)</sup>。

以上の三点から、比例性原理に従うことはできない。とくに後の二点において、実質的責任概念と比例性原理は大きく異なる。帰責（非難）と規範的予防は刑法及び刑罰の本質として放棄できないものと考えねばならない<sup>(19)</sup>。

- (11) Arthur Kaufmann, Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Lange-Festschrift, 1976, S.31ff.
- (12) Hassemer, Schuld als soziales und sozialwissenschaftliches Phänomen, Recht und Gesellschaft, Haft I, 1971, S.17ff.
- (13) Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S.40.
- (14) Vgl. Stratenwerth, Die Zukunft (?) S.37ff. ders., Tatschuld und Strafzumessung, 1972, S.26ff.; Roxin, Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, MschrKrim 1973, S.322; Jakobs, Schuld und Prävention, 1976, S.6f.; Schöneborn, Die regulative Funktion des Schuldprinzips bei der Strafzumessung, GA 1975, S.282, Fn. 74.; ders., Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt, ZStW Bd.88, 1976, S.350, Fn.10.
- (15) Ellscheid/Hassemer, a.a.O., S.287. Vgl. Jakobs, Schuld und Prävention, S.33.
- (16) Vgl. Diesinger, Der Affektäter, 1977, S.47ff.

(17) Vgl. Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-Festschrift, 1974, S.185ff.

(18) Vgl. Haffke, Wird das materielle Strafrecht von dem geplanten Strafvollzugsgesetz unterlaufen?, MischKrim 1975, S.50.  
堀内捷三「均衡(比例)の原則と保安処分」ジュリスト七二二号(昭和五十七年)四七頁。

なお、比例性原理による量刑は、実際の整合性を中心となるが、その際に、行為の客観的重大性も考慮されることになる(Eltscheid/Hassener, a.a.O., S.282)。このような量刑と責任相当刑による量刑との相違については、Arthur Kaufmann, Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, S.33ff.

(19) こうして、実質的責任概念によっても、非難という要素はなお維持されることになる。ただ、このことが直ちに道義的非難を肯定することにならない。およそ非難は道義的非難であるとする見解もあるが(真鍋毅「戦後刑事責任論の軌跡」刑法雑誌二四卷一号六七頁、大山弘・前掲論文七〇頁)、本稿はとくに第一節で検討したように、予防のために非難を導入するのである。したがって、平野教授(刑法総論一六〇頁)、佐伯博士(刑法雑誌二四卷一号一〇七頁)のいわゆる「社会的規範的責任」と同様の見地から非難を基礎づけることになる。

## 第五節 実質的責任概念と情動行為

以上で実質的責任概念の検討を終わる。本来は、ここで、第二節で概観したように、実質的責任概念による責任論の個々の解釈について考察しなければならないのであるが、本稿ではその余裕がない。そこで、以下には情動行為の責任を例にとって検討していくことにしたい。浅田教授も指摘されるように、責任能力論と期待可能性論は責任論の中でも、とくに、実質的責任概念による再検討の余地がある領域であると思われるからである<sup>(1)</sup>。また、中曽根博士が批判されるように、わが国では、情動による意識障害についてあまり議論がなされていないからである<sup>(2)</sup>。

従来は、情動行為に責任を問うか否かも、もっぱら、他行為可能性や規範による動機づけの可能性の有無という形で考えられてきた。その際、心理学および精神医学的に、情動のうっ積から爆発に至る全過程が調査の対象となることは当然であろう。ところが、後に詳しく考察するように<sup>(3)</sup>、西ドイツおよびわが国の判例及び学説においても、右のような全過程を責任判断の対象とし、情動原因が有責的なものかどうかを責任判断の基準とする傾向がみられる。

このように法律学的にも全過程を判断の対象とすることの背景には、一方で、情動行為は爆発自体が行為時の支配力の喪失を示すといわれ、他方で、非常に多くの殺人に情動が関係しているといわれる中で、予防的考慮によって、一定のもののみを責任非難しないことにしようとする意図がある。しかし、その予防的考慮が他行為可能性の名の下に隠れている場合には再検討の余地がない。そこで、第一に、実質的責任概念によれば当然に責任が否定されるべき場合、すなわち、情動の性質及び程度に関する心理学的・精神医学的基準によれば規範による動機づけ可能性なしとされる場合にも、なお、行為者が自分で情動の原因をつくった等の理由で責任を問われる危険性がある。この点は西ドイツにおいて最近議論があった。我々は、ロクシンのように常に情動行為について他行為可能性ありとは考えない。むしろ、精神医学及び心理学の成果をふまえて、他行為可能性なしと考えられる場合には、実質的責任概念からも予防の必要性がなく、責任を否定すべきであると考えるが、まず、精神医学的・心理学的研究の成果を検討しよう。第二に、右の第一の基準によれば規範による動機づけが不可能といえない場合、すなわち情動が意識障害を生来する程度のものではない場合であっても、実質的責任概念によれば予防の必要性が責任に影響する余地がある。そこで、まず、現在、実際にどのような要素が情動の責任能力判断に影響を及ぼしていると考えられるか、それは予防と関係する要素であるかを明らかにして、実質的責任概念の機能する余地を探ってみることにしたい。

(1) 浅田・前掲論文二九〇頁。

(2) 仲曾根玄吉「責任能力に関する基礎的諸問題」精神医学と刑事法学の交錯（昭和五六年）四五頁以下。

(3) Diesinger, *Der Affektäter*, 1977, S.28ff.