

刑法と行為者刑法」という選択肢との関連において、既に詳しく説明した（前述第 6 章 Rn. 13ff.）。「行状責任」の可能性に関する問題に関連してではないが、ノイマンは「帰責と先行責任」に関する論文で次のテーゼを示した。——久しく争われてきた多くの事実において、行為の責任への帰属を矛盾なく根拠づけるには、行為時における責任の欠如を事前の態度で自らの責により招いた者はその欠如を援用しえない、という命題を承認するしかない。——このテーゼの責任主義との調和には問題がある。なぜなら、先行の責任は、行為者がその有責な行為の実行によって負う責任とは別の責任であるからである。この理論から生じる個々の問題は、それぞれの箇所により詳しく取り扱うことになる。

条・33条の場合には改善保安処分が決して問題になりえないとすることも、自明ではない。確かに、精神病者が35条の要件下で行った行為は、通常は危険性の徴憑ではないから、この理由により63条による処分は排斥される。しかし、それ自体は35条に当たる殺人の付随事情から、精神病者が——例えば彼がその際に血の酩酊の状態であったので——公共に対して危険であることが判明すれば、処分を科すことは極めて適切である。精神病のために、狼狽、恐怖もしくは驚愕により生命に危険な過剰防衛を行う傾向のある者には、まさにこのことが妥当する。

第8節 行為責任と行状責任

54 刑法典は、刑の根拠づけについて、個別行為責任の原理を基礎としている。すなわち、構成要件実現自体の際に存在する責任（20条の文言参照）だけが、刑法上の答責性の基礎になりうる。答責性の欠ける場合には、その代わりに、行為者が自分の誤った態度により彼の今日そのような状態にしたという、過去に存在する「行状責任」ないし「生活決定責任」を持ち出すことは、許されない。なぜなら「有責な」行状は有責な構成要件実現ではないのであり、ただ構成要件実現だけが可罰的だからである。そればかりか、このような行状責任は、本書の用いる「行為状況下における規範的感応可能性」という基準とは反対に、裁判において把握可能ではないであろう。また、まさに構成要件の関連性において存在する責任主義の法治国家的限界づけも、その効果を消滅させてしまうことになるであろう。性格責任論（前述 Rn. 25ff.）も、性格が具体的な構成要件の実現に表現された限度においてのみ、責任の認定の基礎とするのであれば、個別行為責任の基礎の上に留まっている。

55 もっとも、個別行為責任の原理が一般的承認を得ているにもかかわらず、特殊な事実関係の場合には、実務と学説が可罰性の根拠づけのために、意識的あるいは隠密裡に、行為責任主義に離反する理論構成に依拠していないかが疑われ、かつ争われている。この問題は、「行為

れによって、正当化事由と責任阻却事由のほかに、行為答責を阻却する特別な事由を認めるものである。その最も重要なものとしては、35条の緊急避難および33条の過剰防衛が挙げられる。これらの事案では、「特定の行為者が免責されるというのではなく、すべての人が一定の事情について答責を免れるのである」とされる。その行為は、「ここでは正当ではない（その行為無価値はある）が、個人的に免責されるばかりでなく、——通常の人間の本性に鑑みるならば——一般的にも許容される」。このような「答責阻却事由」を認めることから導かれる実際上の帰結は、特に二つの問題に関わる。第一に、行為答責の欠ける正犯への共犯は、不可罰になる。第二に、行為答責の欠けるときには、行為者が責任無能力であっても、改善保安処分が否定されることになる。

51 前述したことから、この理論が正しい考察から出発していることは、容易に看取しうる。実際、いわゆる免責的緊急避難ならびに過剰防衛では、その不処罰は、個人の責任ではなく、一般に、そのような例外的事情に基づいた行為は処罰を要しない、という考慮によるのである。それゆえ、責任ではなく、刑法上の答責性が、阻却されるのである。その用語の点でも、本書の見解に近い。

52 しかし、行為答責論の主張者は、正しい出発点から賛成しえない結論を導いている。なぜなら、ツイップが言うように、行為答責は「責任の前段階」ではないのであり、その阻却の場合には——違法阻却の場合と同様に——責任はもはや問題とすることができない。違法性と責任は、35条の場合および過剰防衛の場合には、完全に肯定されるのである。これまで、しばしば強調したように、刑罰が欠けるのは、ただ予防的理由が行為答責を必要としないにすぎないからである。行為答責は、可罰性については、すでに責任が本来阻却されている場合に近いものであり、それより遠いものではないのである。

53 行為答責論が到達した実際上の帰結も、妥当でない。なぜなら、35条により処罰を免れる緊急避難の共犯および過剰防衛の共犯も、原則的に可罰的であると見るべきである（詳しくは第22章 Rn. 66f. 参照）。35

るので、立法者が特別な配慮から、それ自体なお可能な責任非難を行うことを放棄したにすぎないとされる。

49 以上の見解には、「免責事由」においては、責任だけではなく、別の観点も問題である、という認識に至る手懸かりが潜んでいる。本書の叙述によれば、その観点とは、予防処罰の必要性の欠如を理由とする答責阻却であると解される。しかしながら、これは「責任阻却事由」と「免責事由」とを完全に区分することを正当化するものではない。なぜなら、「責任阻却事由」においても、基本的に事情が異なるものではないからである。責任無能力にも規範的な周縁領域がある。例えば高度の情動および重篤な神経症においては、これを容認するか否認するかに際して、予防的考慮を完全に排斥することはできない。最小限の制御能力を肯定しうると思われる場合でさえも、それが一般予防的に妥当であるのであれば、刑法上の答責から解放することもできる。また禁止の錯誤においても、その不処罰は、殆どありえないような絶対的な回避不能の存在によってのみではなく、スイス刑法(20条)に適切に定めるように、行為者が「行為が正当であると」「十分な根拠から認めた」か否かにもよる。行為者が市民の法的忠誠の通常的要請を満足しており、それゆえ刑罰的制裁の理由がない場合には、この「十分な根拠」はただちに存在する。このことは後に(第21章 Rn. 39ff.) 詳細に論じる。「責任阻却事由」には、「免責事由」とは反対に、寛大な処罰放棄(すなわち予防的処罰の必要性欠如による不処罰)を行うという余地がないと固執するならば、処罰厳格主義を強化することになる。これは、責任は国家的刑罰の必要条件ではあるが十分条件ではないという、ほぼ一般的に承認されている見解に矛盾するがゆえに、刑事政策的に不当である。

第7節 マウラッハの行為答責論

50 マウラッハが基礎づけた「行為答責」論は、違法性と責任との間に、追加される独特な犯罪体系の属性として「行為答責」を導入し、そ

が、以前より明確に区別されるようになった。刑を根拠づける責任は、いかなる要件でおよそ責任が、したがって原則的に刑法の答責性が存在するか、という問題に関する。刑を根拠づける責任、刑罰の「存否」、科刑の結合要件は、刑法体系上の責任概念の問題であり、我々はこれについて、ここで論じている。これに対して、刑を量定する責任は、裁判官による刑量定の結合要件、したがって「具体的事案において刑の重さにとって意味をもつ諸要因の総体」(アッヘンバッハ)に関わる。この二つの概念が相互に区別されねばならないのは、それらが異なる要件をもつからである。刑を根拠づける責任においては、責任能力および禁止の認識可能性が問題になるが、刑を量定する責任は、特に46条に定める諸要因に依存する。その説明は、量刑論に属するから、ここではまだ行わない。

47 それにもかかわらず、刑を根拠づける責任と刑を量定する責任とは、相互に完全に孤立して存在するものではない。刑を根拠づける責任を決定する規範的感応可能性は、それが21条により減低する場合には、刑を量定する責任にも影響する。他方では、「無謀に」(315条c 1項2号)、「残忍に」(動物愛護法17条2号)のように、立法者は責任要素を例外的に刑の根拠づけに用いることがある。それらは、まったく規範的感応性に関係することなく、ただ責任の程度を高めるものにすぎない。この場合には、可罰性は、単に故意責任によってではなく、責任の程度の高い場合に初めて生じるのである。

第6節 責任阻却事由か免責事由か

48 一部の文献は、責任阻却事由と免責事由とを区別する。責任阻却事由としては、責任能力の欠如および回避不能な禁止の錯誤が挙げられる。ここでは、行為者は他の行動をなしえないゆえに、本来的に責任が欠けるとされる。これに対して、免責事由としては、特に過剰防衛(33条)と免責的緊急避難が挙げられる。ここでは減少した責任は残ってい

のところ成功していない。ここでは、後述するものの中から若干の例のみを掲げるだけにするが、「法の不知は許さず」の原則に対して回避不能な禁止の錯誤の不可罰性を保障し、高度の情動、精神病質、神経症等の場合により不可罰とすることを可能とし、21条の場合には必要的な刑の減輕を与え、48条（これは、批判されて削除された。）による累犯加重の制度に反対するとき、かかる法治国家的目標に到達するための理論的手段を提供するのは、唯一責任主義の一貫した実現だけである。均衡の原理がこれに適しないことは、既に（第3章 Rn. 52）説明した。

45　カークルは、「憲法の根本的制度に専ら基礎を置く刑法」は責任刑法を選ぶことになる、と主張するが、これは漠然としている。これは、責任原理は人間の尊厳という「根本的制度」に結びついたものであると連邦憲法裁判所がしたこととは、まったく関わりのないことである。シェフラーは、責任主義を専ら犯罪学的に基礎づけられた刑法体系で置き換えようとし、この目的のために、「客観的答責の原理」を比例の原則と結合させる体系を展開する。しかし、それによっても、「責任刑法の問題解決能力は、何も失われることはない」という彼の見解は、これまで述べてきたように、楽観的に過ぎる。さらにザックは、最近の犯罪学の方が「逸脱行動を個人に帰責する」ことを許さず、逸脱行動は社会組織の構成要素であるとして、これを社会組織に帰責させるべきであるという傾向にあると述べる。これを一貫するならば、法違反者に対するあらゆる制裁の廃止に至らねばならないであろう。しかし、それは、社会の存立条件と相容れない、非現実的な要求であろう。責任概念自体を整備し、責任概念を非合理的な要素から開放し、経験的に検証可能な、法治国家的介入を限界づける防壁となる内容をこれに与えることが、より現実的であり、より社会的に建設的でもある。

第5節 刑を根拠づける責任と刑を量定する責任

46　アッヘンバッハ以来、刑を根拠づける責任と刑を量定する責任と

求されうるからである。むしろその反対に、責任は国家の刑罰過剰の防止を目指した「自由を保障するための前提」なのである。責任主義は、市民の負担となるものではなく（予防の必要性は、責任への拘束と離れて貫徹しうるからである）、市民を守るものである。それゆえ、責任主義は、予防目的の追求を法治国家的限界内に止め、同時に合理的な刑事政策に奉仕するものなのである。

6. 責任主義の反対者

43 責任概念は、刑法に無用であるとされ、完全に否定されることも稀でない。しかしこの反対は、殆どの場合、責任を根拠とする応報刑法、責任判断ないしは非決定論から倫理的非難を演繹することに対して向けられており、本書の立場には当てはまるものではない。責任概念の役割を擁護するバウルマンは、これをさらに「規範的感応性の概念で補充し」ようとして、次のようにいう。「それによって、人格関係的な核心にまで刑法的介入を行うことに対する要件を設定することは、もはや形而上学的基盤に依存しないことになる。なぜなら、規範的感応可能性は、他行為可能性とは反対に、きわめて複雑だとはいえ、一つの人格の経験的特性だからである。それは、自由意思の内実に関する思弁とは、完全に無関係である」。そうすると、この対立は、規範的感応可能にもかかわらず不法を実現したことを、「責任」と呼ぶか否かという、純粹な用語の問題に帰着することになる。これに対して、カークルは、私見においては感応可能性は単に前提とされているのであって、「自由であるかのように」の側に、同様に擬制的な「動機づけが可能であるかのように」が、擦り寄ったにすぎないと、解している。しかし、これは誤解である。規範的感応可能性は、まさに経験的に検証しうる方法で認定されねばならない。

44 特に責任主義に代わるものとして、国家的介入の要件を法治国家的により良き態様で確定するための代替策を発見することは、これまで

機づけられえたという認定が、彼の精神的・心理的性質もしくは当該事情から理由のない場合には、刑法の介入は不要かつ不当となる、という結論が生じる。精神的あるいは心理的に病んでいて、その動機づけ能力が重篤に侵害されている者、ならびに未成熟な者または規範がその認識に到達しえない者に関しては、このような事情が存在する。これらの者には、規範に従うことをおよそ期待しえない。彼らが刑法に違反しても、社会的な期待は裏切られることなく、一般の法意識も動揺することはない。一般人の意識の中では、規範の妥当性は、このような行為によって低下させられることはないから、誰も模倣に走ることはない。

41 結局、本書で主張する責任概念は、刑罰の社会的正当化に依拠するものであって、この限りでは性格責任論者の理論 (Rn. 25ff.) およびヤコプスの機能的責任概念 (Rn. 31ff.) に接近する。しかし、この責任概念は、後二者よりも、責任主義の法治国家的な自由の保護機能を、より良く遵守するものである。なぜならば、この概念にとっては、責任は、漠然とした、変動する、現実的もしくは想定された特別予防・一般予防の必要性にではなく、行為者の制御能力に、したがって原則的に実証的認定の可能な基準に依拠しているのであり、それが国家刑罰権を限界づけるのである。衝動・情動犯人または精神病患者が犯行時に規範の要求に答えることができない場合には、彼は不処罰とされねばならない。法の侵犯者に刑罰で働きかけ、市民を遵法へと修練するという、それ自体正当な国家的要請は、それが社会的に耐えられないことでない以上、個人の自由のために止むことになる (Rn. 40参照)。実際に、国家的反作用が、危険ではあるが責任のない行為者に対する防護をなしえない場合には、保安処分を補足的に根拠づけ賦課することが必要になる。しかしそれには、責任概念を適用する必要はない。

42 個人の可能なこととしての責任は「国家的に必要な擬制」であるという、度々引用されるコールラウシュの言葉は、かくして訂正の必要がある。責任刑法は、決して「国家的に必要な」なのではない。なぜなら、国家の予防目的は、純粋な保安処分法によって、遙かに支障なく追

かかる立場を認めることはできないし、認めることは許されない、と反対論者が考えていることだけである。意思の自由を法的規制の基礎とするためには、それを信じて「信仰告白」をしなければならないというのである。しかし、このような要請は、学問的には可能でも必要でもないのである。

39 本書の見解では、責任は、実証と規範との混合的存在である。実証的に確定しうるのは、原則的な自己制御能力と、それとともに存在する規範的感応可能性である（これは、感応可能性の限界域に評価が影響することを否定するものではないが、このことはすべての法概念において同じである）。これに対して、規範的に書き換えられるのは——少なくとも、非決定論に固執しようとしないう者にとっては——、上記の性質から導かれる適法行為の可能性である。事実的な他行為可能性の問題が回答不能である、という点から出発するならば、確かに、かかる責任概念は、応報と道義的非難を行為者に負わせるのに適しない。それは、単に社会的に誤った態度に対して、刑法的に報償義務を負うべきことを根拠づけ、純粋な予防法によれば可能であるような強力な介入から保護するのである。しかもそれは、伝統的な「他行為可能性」の概念（前述 Rn. 18ff.）から裁判によって把握可能なことすべてを取り入れている。この限りで、その責任概念は、非決定論者の立場からも承認されうる。それは、刑事政策的に問題のある応報および道義的非難に、必然的に結びつくものではない。

40 さらに、この責任概念は、刑法を社会的に絶対不可欠な存在に限定する見解に適合している点で、優れている。社会の法的平和と法的安定性は、人間が禁止・命令によって原則的に遵法的態度に導かれることへの期待から生じる。それゆえ、人が刑法に違反すると、一般の法意識が動揺し（同時に平和と安全が損なわれ）、行為者の処罰によって規範がその妥当性を主張するとき、それは再び回復される。犯罪がまったく不可罰なまま放置されるならば、規範はその動機づけの力を大きく失い、社会は徐々に無秩序に陥いるであろう。それゆえ、人が刑法によって動

い、とする。それは「個人的良心や社会の前に位置し、間主体的な認識の可能な、合理的な根拠のある、意味深い認識決断として、正当化されなければならない」。「意思の自由は……、特段の事情がない限り具体的事例において実際に存在する、という仮定に対しては、根拠のある反論は存在しない」。自由は「拒否しえない……内的な経験である。……この経験が誤りという可能性があるかは、経験的に確定することはできない」。この自由が「厳密な科学的意味では証明しえないのは、およそ人間の『尊厳』についてそうでないのと同じことである」。シューネマンによると、意思の自由は「単なる生物・物理的な事実ではなく、現実をいわゆる共同体的に再構成したものの一部であり、西洋文化の最小限の特別な基層に属する……」。それは、「我々の社会の意思疎通の基礎的構造のなかにあり、それゆえにこそ社会的現実なのである……」。アルトゥール・カウフマンは、「人間が具体的状況下で自由に決断し自由に行動しえたかは、実際には正確に証明することはできないということ」から出発する。しかし、自由は「基本的に疑うことはできない。なぜなら、人間の実存的自由は……結局、その精神的な自己決定の能力と同一であるからである……」。

38 これらのすべての意見は、その論者自体の理解に反して、ここで批判されている立場を反証するのではなく、むしろ確証するものであると私には思われる。私に反対の論者の誰も、意思の自由が経験的に証明可能である、とは考えていないからである。彼らが自由を認定すべきことに関して異口同意で申し立てていることは、遙か昔に私も述べていることである。「心理的制御能力を一定の状況下で（なお）保持している人間は自由に行動しうる、という『規範的措定』を我々が正当であると感じるのは、通常人の素朴な自己理解が、その自由の意識によっているからであり、人間の社会生活に有意義な秩序は、自由の相互的承認なしには可能ではないからである」。意思の自由が正確に証明可能でないにもかかわらず、刑法がこれを基礎としなければならない、ということに関しても一致がある。唯一の相違点は、決定論者あるいは不可知論者は

由を認定することが経験的に適切であるとする。しかし、それは不知であるとする不可知論者（著者は、この点ではその論者である）、そして決定論者も、これを同じく承認しうることになる。なぜなら、そのような認定は、行為者が実際に他の行為をなしえたというのではなく——それはまさに我々が知りえないことである——、単に、完全な制御能力を有し規範的に感応しうるときには、行為者は**自由であるとして扱われる**というにすぎないからである。この限りで、この自由の認定は、「規範的な措定」であり、社会の競技のルールであって、その社会的価値は、意思自由の認識論的・自然科学的問題とは無関係なのである。法においては、自由は平等と等しい関係に立つ。法秩序が万人の平等を基礎とするとき、人間は実際にまったく等しいというナンセンスな命題を立てるのではなく、人間が法の前では等しく扱われねばならないとするだけである。

36　ここで主張されている見解は、刑法が意思自由に関する哲学的・自然科学的対立に対する態度決定を留保しうるとするものであって、通説であると見ることができる。ラックナーは、膨大な数の文献を次のように要約している。「科学の現状によれば、ある事情の下で、ある行為を回避しうる、ある人間の能力について、科学的に検証可能な命題を述べる方法は、存在しないし、おそらく決して存在しないであろう」。これは、「今日もはや真剣に疑われることはない」。

37　それにもかかわらず、自由の認定が、経験的所与とは無関係であり、決定論者および非決定論者に等しく承認可能な規範的措定である、という私の提言は、非決定論の側からの激しい反対に遭遇した。ドレーアーは、自由の問題が、刑法にとっては「我々の回避しうる問題ではなく、絶対に宿命的な問題である」、自由と答責性は「人間共存の放棄しえない要素である。……我々は自分の経験するものと別の現実をもたないから、この原理は思考・経験のいずれの証明も要しない。むしろ、それは証明のできる領域外にある」という。グリッフェルは、自由と責任は単なる法的な規律原理ではなく、事実に言明に根拠がなければならな

まさにこの志向によって、予防効果を最初から棄滅しあるいは減殺することがないかも問題である。刑罰の有無とその程度が、いかなる態度でいかなる行為をなしたかによってではなく、法秩序への信頼回復に必要と裁判官に思われることで定まり、例えば適切な治療制度があれば責任が否定されるが、それがないと肯定されうる、という事実が国民に広まるなら、動揺が生じ、そのシステムは殆ど安定しえなくなろうからである。なぜならば、自己の責任の有無が、場合によってはその人格によってでなく、自分には何の関係もない要因によって決定され、人がその時々々の事情のボールになってしまうとすれば、それは市民の「秩序信頼」に役立ちえないからである。

5. 規範に感応可能にもかかわらず不法な行為を行ったこととしての責任

34 本書の立場は、責任とは、規範に感応しうるにもかかわらず、不法な行為をしたことである、と理解するものである。行為者の責任が肯定されるのは、彼が行為の際に規範の呼びかけに対応しうる精神的で心的な状態にあり、彼には「規範に方向づけられた態度を決断する可能性」(アルプレヒト)が心理的に(なお)開かれており、健全な成人に通常は備わっている(自由であれ、決定されたものであれ)心理的な制御可能性が具体的事案においても存在したときである、ということの意味する。この限りでは、ここでは証明不能の仮説ではなく、経験科学的な認定が問題なのである。なぜなら、心理学や精神医学は、ますます判断基準を発展させ、「それによって自己制御能力の制約が経験的に追認され、その重さが測定されうる」(アルプレヒト)からである。

35 このような規範的感応性が存在するときには、たとえそれを意思の自由の意味において証明しえなくとも、また証明しようとせずとも、また、たとえ行為者が心理的に、他の行動をとることが基本的に可能であったと感じていない場合でも、彼は規範に従って行動し有責となる能力を備えているとすることができる。非決定論者は、このようにして自

療が衝動犯人の処遇に成功した後に、初めて彼の免責が問題となりうる」。すなわち、責任能力は、存在しあるいは存在しないというものではないから、経験的に解明されうるものではない。むしろ、「それが合目的である場合に、自律性が能力であると承認され、他の方法で処理することが可能である場合にのみ、能力が欠けるとされうるのである」。

32 この説は何よりも、一般予防のために責任主義の処罰限定機能を放棄している点で、不当である。個人の可罰性は、その個人の事情によってではなく、法的忠誠への市民の修練、その法秩序信頼の安定化のために必要と考えられることによって判断される。これは、ヤコプスが自己制御能力の完全に欠如する衝動犯人を、彼の病状の効果的な治療方法が分からない以上、有責として処罰しようとするときに、極めて明白である。累犯者についてのヤコプスの議論も同様である。彼は、累犯者の法遵守能力が低下していることを簡単に認めるが、社会的理由から単純にこれを無視する。彼は、「強度の犯罪性を寛容に承認するようなことを認めることができないから、以前の犯行がもたらしうる法遵守の一層の困難は行為者の問題であって、結局責任が減少することはない」という。

33 個人を社会安定の利益のための道具にすぎないものとして取り扱う、このような個人的手段化を人間の尊厳に反する、とカントは非難した。すなわち、「人間は、決して他人の目的のための単なる手段として取り扱われ、物権の対象と混同されることはできないのである。それに対しては、人間の生来の人格が彼を保護する」。今や人間の尊厳は（まさにカントの意味においても）基本法 1 条によって「不可侵」と宣言されているのであるから、ヤコプスの見解には憲法上の疑義が存在する。これに加えて、何が「秩序への信頼の安定化」に必要であるか、いかなる場合に処罰によることなく秩序の攪乱が「他の手段で処理」されうるか、それを知るための基準を我々は持たない。従って、どのように責任を解するかは、立法者あるいは裁判官の裁量と揺れ動く不確かさに委ねられることになる。最後に、純粹な一般予防を志向する刑法の観念が、

合には、それが欠けるからである。責任無能力とは、「責任阻却事由ではなく、むしろ責任認定の事実的障害事由」である。——しかし、裁判官と被告人との人的意思疎通という要件には、ディアスの責任観念の起点には含まれておらず、また妥当でもない追加的な基準が、取り込まれている。責任と刑罰は、それぞれの裁判官において必然的に異なる了解可能性に依存させることができないのであって、むしろ客観的に認定可能でなければならないからである。しかも、責任無能力のすべての事例において、行為者人格が裁判官の了解を完全に阻んでいる、ということとはできない。未だ責任能力のない少年でも、人的な意思疎通は完全に可能であり、責任無能力の成人においても、欠陥状態が行為の客観的な弁別欠損あるいは理解不能をもたらしたのではなく、その原因が抑制能力の欠如に由来する場合には、意思疎通は可能である。かくして、ここでも性格責任の原理は、責任無能力の問題で挫折するのである。

4. 一般予防の必要の承認としての責任

31 システム論の概念（ルーマン）に依拠して、ヤコプスは、責任を一般予防の承認（Zuschreibung）と理解する「機能的責任概念」を展開した。ヤコプスによると、「責任は合目的的に定まる」ものであり、「その目的のみが責任概念に内容を与える」。彼は、この目的を一般予防に求めるが、「一般予防を、威嚇ではなく、法的忠誠心の修練の意味に」理解する。「責任を規制する目的」は、「犯罪的行動によって攪乱された秩序への信頼を安定化すること」である。すなわち、責任の承認とそれに結び付いた処罰によって「規範の正当性への信頼の正当性」が確証されなければならない。犯罪行為は、法共同体の期待を失望させるものであり、「その失望ではなくその失望させた行動が誤りであると判定されることによって、失望が補填される」、すなわち、有責とみなされ処罰される。「この葛藤が他の方法で処理される機会のある場合に初めて、免責が問題となる」。その例として、彼は次のようにいう。「例えば、医

の問題を超えるものである。

29 しかし、かかる説に対する決定的な疑念は、それが責任主義をその法政策的実質から掘り崩すものであることから生ずる。また何故、精神病者やそのほかの責任無能力者も、ただ自己の性状に従って活動しているにもかかわらず、責任なく行為することになるのか、理解しえない。エンギッシュは、児童、精神病者もしくは酩酊者においては、行為が、その人格の表現ではないか、あるいは「刑罰が作用するのに適さない人格の表現」であるか、のいずれかであり、第二の場合は、特に、「その際に行為と人格との関係に争いはない」、「答責性のない児童および少年について」妥当するという。しかし第一の場合には、すべての経験的事象が厳格に決定されているとするならば、行為者の現実的態度のうちに表示されていない「人格」は、ありえないだろう。そして、責任無能力者の行為がその人格の表現である第二の場合には、その説によると、刑罰は、責任（それは肯定されることになるが）にではなく、純粋な合目的性に依存する。それゆえ、エンギッシュは、「犯罪的態度が性格に根ざしている精神病質者」についても、それが合目的的であるときは不可罰としようとする。しかし、「それが効能のある限り、精神病質者に対しても減輕なき刑罰を科すべきであり、かつそれが許される」という考えに、エンギッシュは反対もしないのである。しかしこれは、まさに責任主義の保護効果が妥当すべき場合に、それを純粋な特別予防のために犠牲にすることを意味する。また、いかにして性格責任原理を援用して、一般予防による刑罰の必要性を限界づけうるかも、理解しえないところである。

30 さらに、フィゲイレド・ディアスは、エンギッシュよりも明白に、「精神的異常者にも、本人に適合して変更された自己実現の原理が認められる。その精神的異常はこの人格原理を害するものでない……」ことを強調する。それでもディアスは、不処罰にしようとする。すなわち、倫理的基礎を有する責任は、裁判官と被告人との間の「人的な意思疎通」を必要とするのであり、行為者人格が「裁判官の了解」を拒む場

は、「いかに多くの理由からそうなったかには関係なく、そうであることに対して、人は生において責任をとる」という。ドーナは、「すべての者は、自分が行ったことに対して、自分の人格に由来する限りで責任をとらねばならないということ、善悪いずれであろうとも、彼が**そうである**ことに、彼は報いられなければならないことが、社会的存在の根本法則」であると述べている。エンギッシュも、「性格責任に対する答責性」から、刑罰を受忍すべき義務を演繹する。「性格責任は、性格に対する特別の態様の影響を負課し引受させることで、精算される」。フィゲイレド・ディアスは、責任とは「不法構成要件遂行の根拠である人格への報償義務」であるとする。すなわち、「行為者が、刑法的に価値違反の人格特性を——その意味で責めるに値する人格を——行為に表現したときに」、行為者は有責である。

27 このような見解に対して直ちになしうる反論は、それに対して本人が何もしえないことに責のない所与——彼の性格状態——に対して責任を肯定することは、矛盾であるということである。この理論の主張者は、形而上学的構成でもって部分的に上記の難点を乗り越えようとする。ショーペンハウエルは、完全に決定された経験的性格の背後に、自由な選択において自己決定する悟性的な性格を認める。フィゲイレド・ディアスも、同じような実存主義的に修正した態様で、「人間は自ら決断し、それによって自分自身の存在を形成し、あるいは自分自身の本質を確立する」という「基本的な選択」を持ち出す。しかし、この仮定は、行為時の他行為可能性と同様に証明しえないものであり、それゆえ哲学的信仰の問題ではあっても、経験的・合理的な刑法の観念の基礎とはなりえない。

28 おそらく、自己の存在態様に対しては報償義務がある、と宣言する責任観念を支持するより良き方途は、行為者に対する応報および倫理的な非難を完全に放棄して、刑法を予防目的に限定して、およそ責任を社会的負担と解することである。かかる要件をなお「責任」と呼び、かかる法律効果をなお「刑罰」と呼ぶことが許されるか否かは、単なる用語

ことがあるのだろうか。精神的な真摯・不真摯な対応は、内面的な態度決定を前提とし、何に対して対応するかの認識をも前提とするのである！ 他方では、自己の行為の不法性を理解しているが、「その理解に従って行動する」能力のない精神病患者には、責任がないにもかかわらず、「精神的な価値接触」は欠けていないのである。これに対してシュミットホイザーは、このような場合には、我々は行為者に関して、「彼の不法な行為は、法益侵害の真摯でない対応に由来している」と理解することはできない、と反論する。確かに。不法な行為は、「法益侵害の真摯な対応」にもかかわらず、行為者が他に行動しえなかったことに由来しているのである！ しかし、それによって、責任非難の根拠は、再び他行為可能性に直面し、精神的態度における法益への真摯な対応の欠落ではないことになるのである。かくして、シュミットホイザーの説も、心情基準に対して根本的に提起されている疑念を解消していないのである。

3. 自己の性格への報償義務としての責任

25 本説は、決定論を基礎にして、各人は自分を行為に原因づけた個性に対して、自分がそうあることに対して、直ちに答責される、という点から出発する。その最も著名な哲学的始祖が、ショーペンハウエルである。彼によれば、すべての行為者は、次のことを知っている。「**彼が別人であった場合にのみ**、まったく別の行為が可能であり、また行われえたであろう。ただ、そのままになったのである。彼は、かような性格を持つがゆえに彼本人であり、他の人間ではないのであるから、**彼には別の行為は可能ではなかった**のである。しかし、それ自体は……可能であった。彼が認識する答責性は、先ず……単純にその行為に関係するが、根源的には**彼の性格**に関係するものである。彼は**その性格**に答責的であると感じ、他人も**彼の性格**に答責する……」。

26 このような見解には、刑法でも多くの支持者がいる。ハイニッツ

殆ど説明できない。なぜなら、認識なき過失においては、行為者の心情は、意識的な態度を前提としてはいるが、何ら反価値的なものに向けられていないのに対し、性的殺人者は、きわめて低劣な心情が存在するのが明白であるにもかかわらず、抑制能力の欠如ゆえに、刑法20条に従って不処罰とされねばならないからである。

23 シュミットホイザーの心情責任論は、独自の特色をもつ。彼によると、責任は「不法な個別的行為心情」である。しかし彼は、ガルラスやその支持者とは異なり、その基準の内容的定義を示す。すなわち、「刑法上の責任とは、法益侵害的な精神態度である……。その意味は、行為者が、自己の意思的態度によって侵害した法益を、精神的態度においても侵害したということである。すなわち、行為者は、精神的に価値と接触していた」にもかかわらず、「……真摯に対応しなかったということである」。彼は、意思自由の問題を未確定のままにする、と明言している。「このような立場をとることによって、哲学的意味での意思自由の問題の確定に関して、何らかの立場をとることにはならない。特に、当該行為者が、その者として、侵害した価値を当該行為事情において真摯に対応しうる状態にあったか否かという問題は、肯定も否定もされない。それゆえ我々は、侵害された価値と行為者との精神的接触に、行為時においてかつこの意味において、その精神的価値欠落を確定することで満足しなければならない」。

24 有責な認識なき過失には「侵害価値との精神的接触」がない、という異議に対して、シュミットホイザーは、行為者が「その際の侵害価値を認識していなくても、人格として行為時にそれを処分することは可能である」ということで足りる、と答えている。この「処分可能性」は、本書が責任の基準としている「規範的感応可能性」の思想 (Rn. 34 ff.) に近いのであり、その限りでは、それは有益な出発点である。しかし、「精神的接触」ならびに「精神的態度における真摯でない対応」という概念は、意図するところが適切に表示されているとはいえない。いかにして、無意識に「精神的態度において」真摯に対応しない、という

具体的事情下でおそらく他行為をなしえたであろう、という意味において、行為者は、彼のおかれた状況下で他行為をなしえたといえる」。しかし、非決定論の立場からは、個人に対する倫理的な非難を、他人は備えていたであろうが行為者には欠けていた能力に、依拠させることは、およそなしえないことである！ それは、非論理的であるばかりか、行為者自身に自由な決断が可能でなければならないという出発点を放棄することになる。

2. 法的に非難される心情としての責任

21 ガルラスが根拠づけた理論によると、責任は、「その行為に現れた、法的非難を受けるべき心情に関する行為の非難可能性」である。従って、不法と責任との相違は、「行為無価値と心情無価値との」相違である。責任の領域では、「社会倫理的価値基準に沿った一般化的考察により」無価値判断が、具体的行為に現実化された「法の要求に対する行為者の全態度」に対して、下される。これに従うのは、特にイエシエック（法的に瑕疵のある心情）、およびヴェッセルス（行為者の法的に責めべき心情、瑕疵ある態度）である。

22 この見解に対しては、それは、非難可能性の形式的な性格以上のことを本質的に超えるものではない、というべきである。なぜならこれは、いかなる理由によって行為者の心情が法的に非難されるか、についての評価基準を示していないからである。立法者が非難し、可罰性を肯定するときには、取りも直さず法的に非難される心情が、存在することになる。ガルラスは、ある箇所では、心情無価値は行為無価値とともに存在するのが通例であり、それが欠けるのは「故意の実行にもかかわらず行為者に可能性が欠ける場合のみである」、と明白に述べている。ここでは内容的要素は示されているが、それは他行為可能性と同一であり、これに対する反対と同じものに直面することになる。この点を別にしても、多くの場合の責任の肯定・否定は、心情の瑕疵または無瑕疵では、

を、彼に根拠づけるものである」。この見解を連邦通常裁判所も承認した。「責任とは非難可能性である。責任という無価値判断によって、行為者は合法に行動し、法のために決断しえたにもかかわらず、彼は合法に行動しなかった、不法のために決断したことが、非難されるのである。その責任非難の内的根拠は、人は自由に、答責的に、倫理的に自己決定をなしえ、それゆえに自ら法に従い不法に反して決断しうる、という点にある……」(BGHSt2, 200)。

19 しかし、その見解は、その通常用いられる論理として有用ではあるが、支持しえない。その見解が意思の自由という証明不能な前提に依拠していることは、まだ甘受しうるかもしれない。なぜなら、その支持者が今日なお自由意思を主張するのは、比較的限られた領域においてのみであり、自由意思は、固い決定論も経験的に検証不能であり、実際には貫徹不能であるために、ともかくもそれに依拠しうるとされている仮説でしかないからである。しかしながら、理論的に思考可能な決意の自由を前提としたとしても、個別行為者の行為時点における他行為可能性が科学的には認定できないことは、争う余地がないのであって、この理論は、挫折せざるをえない。ポッケルマンは、「精神的に健全な人間は自由に行動しえ、精神病の本質は正に選択の自由の欠落にある」という考えは、「まったく愚にもつかない」ことであるという。これは誇張しすぎかもしれない。しかし、いずれにしても、原理的に認定できない経験的判断が、責任を承認する要件とされるならば、それは、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従って、常に不処罰に至らねばならない。これでは責任刑法はありえなくなる。

20 他行為可能性の理論の主張者は、この結論を免れようとして、個々の行為者の可能性ではなしに、「平均人の経験的に存在する可能性」(マンガキス)、「大部分の人間」の能力(レンクナー)を基準とする。「個人に対する責任非難」は、以下のように公式化されている(イエシエック)。「我々の経験からは、同様の場合において、**本人の立場にある他人**が、本人には欠けていたかもしれない意思力を緊張させるならば、その

のいずれに位置づけるかという問題は、ただ、故意が広義の答責性事実、狭義の答責性事実のいずれに属するかを決定するにすぎないのである。

第 4 節 刑法における責任の内容的確定（実質的責任概念）

16 本書の見解によっても、責任は、（唯一ではないが）刑法上の答責性の決定的要件である。可罰性を行為者の責任に依存させるとき、それは、国家刑罰権（特に公的な予防の必要性）を限界付けることを目的とする。この限界付けが、法治国家的根拠からは、純粋な予防目的をめざす構想に優先しなければならない理由は、刑罰論を論述する際に説明した（第 3 章 Rn. 46-52 参照）。

17 責任主義がこの役割を果たしうるか、どの程度まで果たしうるかは、責任の概念を内容的にどのように定めるかによる。規範的責任概念は、ただ有責な態度が「非難可能」でなければならない、と述べるにすぎない。しかし、それは、まったく形式的であって、いかなる実質的要件に非難可能性が依存するか、という問題に答えてはいない。これが実質的責任概念の問題である。この問題は、規範的責任論の主張者によって、異なる答えが与えられている。以下では、（多様に異なり）相互に対立する今日の最も重要な五つの見解を検討する（1—5 項）。これに続けて最後に、特に社会学および心理学の前提の下に絶えず提唱されている急進的な責任主義否定論を簡潔に検討する（6 項）。

1. 「他行為可能性」としての責任

18 「法学と哲学の長い伝統に従って」（ヴェルツェル）、責任の内容は伝統的に、「人が違法な意思形成を『なしうること』（Dafür-Können）」である、と定義されてきた。「責任は、……行為者がそれを止めることができたにもかかわらず、違法な行為を止めなかったという人的な非難

て、行為事象に異なった評価を加えるのであり、単なる心理的事実が問題なのではない、という認識を述べる限りでは、規範的責任概念は、正当であって、心理的責任概念に対して多大な進歩を意味した。しかし、その非難可能性の概念は、ただ責任だけを指向しているため、そこで行われなければならない評価の性質を不完全にしか把握してない。その評価は、ただ単に行為者に（責任）非難をなしうるか、という問題だけではなく、行為者が刑法的観点からも自己の態度に答責的であるか、に関する判断である。非難可能性は、不可欠ではあるが、まだ答責性に十分な条件ではない。それには予防的制裁の必要性が、付け加わらねばならない (Rn. 3ff. 参照)。それゆえ、例えば過剰防衛 (33条) は、20条の要件が存在しない限り有責であり非難可能である。しかし、それにもかかわらず行為者が答責的とされないのは、立法者が、虚弱的情動による場合には正当防衛の逸脱について刑罰で対応する必要がない、と考えたからである。かくして、規範的責任概念は、規範的答責性概念へと更に発展されねばならない。

14 規範的答責性概念における評価と評価客体との関係も、解明を要する。なぜなら、故意を「責任」から分離して構成要件に配分することで、答責性が「純粋な価値判断」になるという見解は、完全に誤っているからである。不法事実と不法判断とは峻別されねばならないが、同時に、「不法」は、その評価の対象であるとともに、評価の賓辞を示すものである、ということとまったく同じように、答責性の事実と答責性の判断とを峻別し、かつ「答責的行為」を評価と評価客体との統一体である、と把握しなければならない。狭義の答責性事実には、不法を越えて答責性を決定するすべての事情が、属する。それは、行為者の心理的状态など、一部は主観的要素、一部は客観的要素であり、行為者の現実的もしくは潜在的な不法認識および免責的状况の欠如である。広義の答責性事実には、構成要件的不法も属する。行為者が答責的とされるのは、このような全体に対してであるからである。かくして全不法要素が、間接的には責任および答責性の基準になる。結局、故意を構成要件と責任

開した。すなわち、「犯罪行為を行わないことを通常何人にも期待しえない程度にまで、抵抗力が存在していたときには、可能性とともに非難が、非難とともに責任が欠ける」。このような一般的責任阻却事由である期待不可能性は、今日なお過失犯と不作為犯では、依然として承認されているが、故意犯では、当初の多数の賛同にもかかわらず、これと結びついた法的不確実性ゆえに、結局まだ認められていない（詳しくは第 24 章 Rn. 115ff. 参照）。

12 規範的責任概念は、目的的行為論によって更なる修正を受けた。目的的行為論は、故意および過失犯における客観的注意義務違反は既に構成要件の段階に位置づけられる、としたことによって、心理的責任概念にとって唯一の内容をなしていた要素を、責任からまさに本質的に除去してしまったのである。今や非難可能性の三つの「要素」としては、ただ、責任能力、不法認識の可能性（現在の 17 条）および規範に適合する行為の期待可能性（それは 33 条・35 条の場合に欠ける）だけとなった。この変更は、もともと目的的行為論・目的的不法論によって導入されたのであるが、このようにすることによって初めて実際に、規範的責任概念が首尾一貫して実現されるというテーゼによって、今日も支持されている。なぜなら、そうすることで主観的要素（評価の対象）は責任概念から切り離され、「ただ、非難可能性の評価基準」（対象の評価）がそこに残るのである（ヴェルツェル）。マウラッハ／ツィップが、フランクとゴルトシュミットにより展開された見解を、「複合的責任概念」と名づけたのは、それが、心理的要素と評価的要素とを合わせて含んでいたために、「責任を純粋な評価判断として把握する」ことができないからである。彼らによると、これは目的的行為論において初めて成功したものである。

第 3 節 規範的責任概念の批判について

13 不法に続く犯罪要素の範疇においては、義務違反との関係におい

責任に属する」。さらに、フランクによっては援用されなかったが、しばしば心理的責任概念に反対する論拠としてあげられたものは、認識なき過失では、結果に対する行為者の心理的関連を認めえない点にある。これに責任としての性格を認めようとするのであれば、別の責任概念を採用すべきことになる。

10 フランクは、その検討の結果として、責任が、ただ結果に対する行為者の心理的関連からのみではなく、三つの同等の「要素」から成り立っているとした。すなわち、1. 行為者の正常な精神状態、2. 行為に対する行為者の具体的・心理的関連もしくはその可能性（故意または過失）、そして、3. 行為者が行為している状況の正常性、である。それらを統一する紐帯として、すなわち「個々の責任要素の簡潔な集約」として、フランクは、非難可能性という概念を見いだした。「責任とは非難可能性である……。すなわち、禁止された行為を行ったことに関してその者を非難しうるとき、それが彼の責任に帰せられるのである」。

11 規範的責任概念は、ゴルトシュミットによって発展を遂げ、大きな影響力をもたらした。彼は、フランクがそれ以上に詳しく根拠づけなかった非難可能性を、特別な「義務規範」の違反から導出しようと試みた。ゴルトシュミットは、一定の外部的態度を要求し、その違反が違法性を根拠づける「法規範」のほかに、「法秩序によって自己の外部的態度に課せられた要求に適合させるために、必要なように自己の内部的態度を決定する」ことを課する、「黙示的」な「義務規範」が存在するという。しかし、「免責事由、すなわち義務違反の阻却される事例であることを援用しうる場合には、義務規範を侵害しても、有責に行為したことにはならない」。彼は、これを基礎として、正当化事由・処罰阻却事由と免責事由とを限界づけようとするが、後者の指導理念は期待不可能性であると考えた。「義務を認識することによって自己を動機づけることが、期待可能であるにもかかわらず、これをなさないことが、義務違反である」。フランクとゴルトシュミットを踏まえて、フロイデンタールは次に、期待不可能性という超法規的な一般的責任阻却事由を展

との分離が刑法理論において初めて行われたときに、構築されえたものである（詳しくは第10章 Rn. 68ff. 参照）。この区別は、犯罪の全客観的要素は不法に、全主観的要素は責任に、それぞれ整序されねばならない、という「古典的」な刑法体系を支配した思想に由来する（詳しくは第7章 Rn. 11ff. 参照）。この19世紀末の自然主義的思想は、すべての法概念を自然科学的に理解しうる経験的事実に還元する試みである。ここから出発して、今世紀の初頭まで支配した「心理的責任概念」が、発展したのである。それによると、責任は、結果に対する行為者の主観的関連であると解されている。故意および過失は「責任形式」とされる一方で、多くの場合責任能力は「責任要件」または「処罰要件」として位置づけられた。このような心理的責任概念の著名な主張者であったのは——相互に多くの相違点はあるものの——、ブーリ、リスト、レフラー、初期の著作におけるコールラウシュおよびラートブルフである。

9 この心理的責任概念は、今世紀の初頭、今日でも支配的な規範的責任概念に取って代わられた。「この……新しい見解にとって画期的な意義を有した」（メツガー）のが、1907年のフランクの「責任概念の構造について」と題する論文である。彼は、徐々に承認されてきている免責的緊急避難が、心理的責任概念では説明することができない、という考察から出発する。すなわち、「心理的責任概念は、故意と過失との総体以上のものではなく、それらは意識的なあるいは不注意な結果惹起の中に存在するのであるから、その責任が緊急避難によってどうして阻却されうるのかは、まったく理解することができない。なぜなら、緊急避難状況下で行為する者も、自分がしていることを認識しているからである。その行為者に……故意を否定することは、明らかに非論理的である」。フランクは、責任能力が「責任要件」（すなわち故意または過失の前提要件）である、という見解の不十分さも強調している。「なぜなら、精神病者でも、その行為を意欲し、その際には、その行為を犯罪に烙印づける要素を、認識している。そればかりか、精神病者はその行為が犯罪であることを知りうる」。従って、責任能力は、「責任要件ではなく、

もなう法的不安定さに影響されてしまうことを、意味するものではない。なぜなら、現行法の解釈に際して、裁判官は、その独自の刑事政策的観念によって無罪の判断を行うことはできないのであり、法律の基礎となっている予防の必要性の承認が確認されねばならないからである。このことは、現行法の解釈と刑法理論の進展にとって容認されるべき以上に、広い裁量の余地を開くものではないのである。

6 また、予防的処罰の必要性を要件とすることによって、責任主義の法治国家的な保護作用が損なわれることにはならない。本書の主張する見解によるなら、刑罰は常に責任を前提とするのであり、いかに強力な予防的刑罰の必要性といえども、責任主義に矛盾する刑事制裁を正当化しえない。可罰性の付加的要件として、予防的処罰の必要性の承認を要求することは、刑法の介入に対する更なる保護を意味するだけであり、ただ予防による許容が、責任主義によって限定されるというだけでなく、有責行為の処罰の可能性も、予防上不可欠であるという要件で限定されることになるのである。

7 以上のことから、刑法典の責任概念は、答責性の全領域を包摂するものであり、本書で使用されている概念より広く解されることが明らかになる。刑法35条が、緊急避難の行為者について、その者は「責任なく」(ohne Schuld) 行為するものである、と述べる時、それは、「(減少した) 責任があるとしても、答責性がない」ことを意味している。立法者が責任と答責性との差異を未だ知らなかったことは、刑法学の用語において、この本質に適合する用語の区別を行うことの妨げとなるものではない。それは例えば、33条が、行為者は「処罰されない」(nicht bestraft)、とだけ述べているという事情も、この規定が答責阻却の一例であると解することに、何らの影響も及ぼしえないのと同様である。

第2節 心理的責任概念から規範的責任概念へ

8 「責任」(Schuld) という犯罪要素の独立した範疇は、不法と責任

提としているからである。すなわち、そのような場合、予防的処罰の必要性は特別な理由づけを要せず、責任の存在により、刑法上の答責性が直ちに存在することになる。しかし、すべての場合にそうであるのではない。例えば免責的緊急避難（35条）においては、立法者は、——正当にも——緊急時の危難は甘受されうるものであり、それゆえ行為者は合法な行為を選択しえた、ことを前提としている。そうでなければ、立法者が35条1項2文の場合に合法行為と危難の受忍を要求していることは、責任主義違反ということになろう。それにもかかわらず、立法者が通常の場合に35条1項1文によって処罰を放棄しているのは、（限定された）責任が存在するにもかかわらず、かかる例外的状況下では、予防的処罰の必要性が35条1項2文の特別の場合にのみ存在すると考えたからである。

4 この種の予防的考慮は、後に示されるように、多かれ少なかれすべての免責事由（より正しくは、答責性阻却事由）に見いだすことができるが、狭義の責任阻却事由（責任無能力、回避不能な禁止の錯誤）にも存在する。それは、これまでまったく無視されていたわけではないが、刑法学上軽視され、その独自性が看過されていたのであり、不法に続く犯罪要素の範疇は、伝統的にはただ「責任」と表現されてきたにすぎない。ここには問題の不当な単純化がある。なぜなら、責任があっても刑罰が予防に不可欠でないと思われる場合には、立法者が刑罰を放棄するという認識は、答責性阻却に関して争いのある問題の解決にとって、重要なものだからである。また、責任と予防の必要性との双方を刑法上の答責性の同次元の要件として承認することによってのみ、刑法理論は、刑罰目的論との連携を計ることができる。責任と予防の必要性とが共同してのみ刑事制裁が可能になることは、今日では承認されていることである。

5 責任の欠如と並んで、予防的処罰必要性の欠落も、答責性の阻却に至る。このことを承認したからといって、この犯罪要素の範疇が、特別予防あるいは一般予防の必要性に関する刑法学上のすべての命題にと

長井 圓 (訳)

第5編 責任と答責性

第19章 答責性論の基本問題

第1節 責任および刑法的答責性の要件としての予防の必要性

1 答責性は、犯罪構造の枠内において、違法性の後に位置し、通例は可罰性を肯定させる評価である。違法性という賓辞は、行為が刑法の当為規範に違反し社会的に有害なものとして許されないことを意味する。これに対して、答責性は、行為者を刑法上負責しうるという観点での評価を意味する。構成要件該当の違法な行為を「答責的」とする要件を充足する者は、刑法的基準に従って刑罰の効果を受ける。刑法上の答責性の要件は、特に、責任能力(19条・20条)、不法の認識の可能性(17条)および、一定の危難(35条)・過剰防衛(33条)の場合に欠ける行為状況の通常性である。その他にも、刑法各則、特別刑法および超法規的領域において、答責性が阻却される場合があるが、これらのうち重要なものについては、後に論じることになる。

3 答責性は、不法に付け加わらねばならない二つのことがらに依存する。すなわち、行為者の**責任**と、法律的に認められる刑法的威嚇の**予防的必要性**である。行為者が、具体的状況下で規範の提訴効果に(依然として)到達可能であり、かつ、自己制御の十分な能力を備えるため、合法的な行為の選択が心理的に可能であったにもかかわらず、刑法上の不法を実現したときには、行為者は有責に行為したものである。通常は、このような有責行為は、予防の根拠からも刑法的威嚇が必要となる。立法者は、ある行為を構成要件に取り込むときには、その行為が違法かつ有責であれば、通例刑罰的手段で防止されねばならないことを前

許された危険による違法阻却」(同誌40巻4号)、「第22章 答責性を阻却する緊急避難 A 35条の緊急避難」(同誌41巻2号)はすでに印刷され、「第24章 過失」の原稿も提出されている。順調な進行状況であり、全訳の完成までそれほどの時間はかからないかもしれないと思っている。我々の作業について、これまでと同様、忌憚のないご意見、ご叱責を賜れば、さらに励みになると思っている。

3 本章は、通常の刑法教科書の用語法でいえば、犯罪論における「責任論」の総論である。

「責任」概念を「規範的感応可能性」と理解し、これに予防的考慮からの「刑罰賦課の必要性」を加えたものが「答責性」であり、それが違法性の後に位置する犯罪成立要件であるというロクシンの議論は、我が国でも広く知られるところである。彼は、自己の性格に責任があるという性格責任論、責任を積極的一般予防と理解するヤコブスの「機能的責任概念」は、犯罪予防の目的から市民の権利の限度のない制約を容認することになるとこれを批判し、「責任主義」の法治国的役割を強調する。他方、「責任」概念の周縁部分では刑罰威嚇による犯罪防止の必要性が考慮されるべきことをも主張し、両者は峻別されるべきではないともする。このように、規範論と刑罰論という異質の二つの概念が一つの責任概念を構成するとされているのである。

その責任論、答責性論以外にも、本章にはロクシンならではの、緻密で、鋭い論述が見られる。特に、意思自由論、目的的行為論と規範的責任論、行状責任論に関する考察は興味深い。

ロクシン「答責性論の基本問題」

ドイツ刑法研究会

町野 朔／長井 圓

1 以下は、Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 2. Auflage, 1994 (C. H. Beck) の「第19章 答責性論の基本問題」 (§ 19. Grundfragen der Lehre von der Verantwortlichkeit) の抄訳である。冒頭の文献一覧、脚注、および本文中に細かい字で組まれた補足的説明は訳出していない。Randnummer は訳文では文頭に記した。本文中の引用文で出典を示したほうがよいと思われるところは、原典の脚注から適宜補った。

本誌前号 (32巻1号) には、白木豊「第17章 職権と強制権 官庁の許可」 (§ 17. Amts- und Zwangsrechte ; behördenliche Genehmigung) が同様の形式で掲載されている。すでにそこで述べたように、この作業は、吉田宣之教授 (桐蔭学園横浜大学) と我々との共同作業であり、ロクシンの教科書を翻訳・出版するための準備の一環として始まったものである。これから、省略した部分を復活させ、全体に推敲を加えるなどして、原著の第3版が出たところでその全訳を完成させたいというのが我々の希望である。前回に引き続いて今回も貴重な紙面を提供していただいた『神奈川法学』編集委員の方々には、厚くお礼を申し上げたいと思う。

2 『桐蔭法学』1巻1号以来の吉田教授らによる作業は、その後、「第12章 故意と構成要件的錯誤、因果に逸脱が生じた場合の故意への帰属」 (同誌4巻1号) まで進んでいる。我々の方では、一番最初に原稿の提出された「第21章 禁止の錯誤」 (『帝京法学』) の印刷は遅れているが、「第14章 不法論の基本問題」 (『上智法学論集』40巻3号)、「第18章