

何を非難するのか？

根津 洸 希*

要 旨

現在、我が国において規範的責任論が通説としての地位を占めている。この見解は心理的事実をもとに、反対動機形成可能性という法的評価として責任を基礎付ける。しかしながら、単なる反対動機形成可能性による評価に汲み尽くされるのであれば、「臆病」な行為者に対する法的評価と、「無関心」な行為者に対する法的評価に不均衡が生じる。この不均衡を克服するために本稿は責任論の我が国における学説史の変遷を概観し、そこで主張されてきた見解を整理しつつ、近時の見解がその文脈においてどのように位置付けられるのかを分析することによって責任の本質を探ろうとするものである。具体的には、責任論の学説史の変遷といかにして現在の規範的責任論が主張されるに至ったかという歴史的背景を概観し（Ⅱ）、現在主張されている責任論を日独で比較し（Ⅲ）、その責任論を学説史の中に位置付けつつ若干の検討を加える（Ⅳ）。そしてその検討を受け、私見の方向性を提示することを試みるものである（Ⅴ）。

目 次

- I はじめに
- II 責任論の学説史の変遷
- III 責任論の議論状況
- IV 現在の責任論の学説史的位置付け
- V おわりに

I はじめに

刑罰は、犯罪に対する非難であるとされる。¹⁾ それゆえ犯罪の成立に際しては、非難可能性を基礎付ける責任の存在が要求され、この責任の内容については学説上長きにわたって争われてきた。古

くは、自由意志論を前提とする古典学派刑法学と、決定論を前提とする新派刑法学との間の、責任の基礎についての見解の対立に端を発する。それに伴いLiszt / Bebel流のいわゆる古典的犯罪論体系の見直しがなされる中で、主客二元論に基づき「責任は違法に対する心理的関連」と主張する心理的責任論と、人的不法論に基づき厳格な意味での「違法は客観的に、責任は主観的に」というテーゼを放棄し、より実質的に「責任は他行為可能性に基づく非難可能性」であると主張した規範的責任論との間にも見解の対立が生じたのである。我が国においては、とりわけ後者の文脈において「責任は行為者に対する法的評価である限り、その社会的性質を帯びる」ゆえに「社会的責任を認め、責任は予防的考慮によって導出される」²⁾と主張する実質的責任論なるものも生じ、これは我が国が範とするドイツにおいても答責性概

* ねづ こうき 法学研究科刑事法専攻博士課程後期課程

2015年10月2日 推薦査読審査終了

第1推薦査読者 曲田 統

第2推薦査読者 只木 誠

念や機能的責任概念という名称で有力に主張されてきた。³⁾

以上の学説史をふまえ、現在では厳格な意思自由論や決定論を主張する論者はおらず、相対的的意思自由論ないしやわらかな決定論が学説の大多数を占める。またそのような見解を基礎とし、道義的責任論と性格責任論は放棄され、「個別行為に対する法的非難」として個別行為責任論、法的責任論、規範的責任論の組み合わせが学説において支配的見解となった。これらの見解の組み合わせを要約すると、以下のように定式化できよう。すなわち、「責任とは、個別の行為に対する、法秩序の立場からなされる、行為者の行為選択に対する非難可能性である」と。

しかしながら、この見解もまた精査がなされる必要があるように思われる。というのも、規範的責任論が提唱された当初から、その提唱者たる Frank や Freudenthal らに対し、「他行為可能性という行為者にとっての外在的事情の如何によって、行為者の個人的責任を決定するのは妥当でない⁴⁾」との批判が向けられていたのである。他行為可能性あるいは反対動機形成可能性を問題とする規範的責任論は、さらなる難問に直面する。すなわち、行為者の性格的特徴によっても、反対動機の形成可能性に多寡が生じうるということが否定しきれないということである。たとえば、臆病な行為者が、誤って被害者の飲み物に毒物を混入し、被害者が死亡したような事例を考える。この事例で、行為者はその臆病さゆえに「場合によっては死ぬかもしれない」と認識していたとすれば、殺人罪に問われることになる。その際、その臆病さゆえに行為者には通常人よりも不安な気持ちが高く、つまり反対動機形成の機会が多く与えられていたのであり、これに反して行為した行為者に向けられる非難は重くならざるを得ない。逆に、放蕩無頼の行為者が、同じく被害者の飲み物に誤って毒物を混入してしまったが、「死ぬかもしれないが、知ったことではない」と考え、そ

のまま被害者に飲ませ、被害者が死亡した事例を考える。この際、行為者は「他者の死」に関し無関心であり、その無頓着さゆえ反対動機の形成可能性は通常人よりも低い。したがってその行為への非難は比較的軽くなろう。このような不均衡はどのように解消されるべきであろうか。⁵⁾

もちろん、他行為可能性を問題とする規範的責任論であっても、行為者の性格に由来する特異な事情を捨象して責任を評価することにより、このような不均衡は生じないと主張することは可能であろう。これは個別行為責任論が、人格責任論を退けた際の論拠と軌を一にする。すなわち「刑法は人格にまで踏み込むべきではない」という論拠である。

しかし、責任は行為者主観を問題とすべきところ、行為者主観とは行為の瞬間の認識だけを切り取ることでできるものではなく、連続した文脈の中に見出される面もあるため、行為者の人格的態度を一切問題としないというのはいささか不自然ではなかろうか。このような不自然な解釈を主張する場合には、相応の根拠付けがなされるべきである。また、この個別行為責任論を徹底すれば、我が国の常習犯規定が刑の加重事由であることを説明することに窮する、という従来からの主張があたることにもなるのは言うまでもない。

このように現在支配的な地位を占める見解も、疑義が無いわけではない。この疑問を契機に、本稿は責任論の我が国における学説史の変遷を概観し、そこで主張されてきた見解を整理しつつ、近時の見解がその文脈においてどのように位置付けられるのかを分析することによって責任の本質を探ろうとするものである。以下では、責任論の学説史の変遷といかにして現在の規範的責任論が主張されるに至ったかを概観し(Ⅱ)、現在主張されている責任論を日独で比較し(Ⅲ)、その責任論を学説史の中に位置付けつつ若干の検討を加える(Ⅳ)、そしてその検討を受け、私見の方向性を提示することを試みるものとする(Ⅴ)。

Ⅱ 責任論の学説史的変遷⁶⁾

責任の本質を論じるにあたって、現在行われている議論がどのような歴史の上に成り立っているかを確認することは有益であろう。すなわち、現在通説となっている規範的責任論が、どのような経緯から生じ、その前提となっていた議論状況はどのようなものであったのかを見直すことで、現在の規範的責任論が何を意図して主張されはじめたのか、その際に欠けていた視点はどのようなものか、そしてその意図や欠けていた視点は現在の議論にどのように影響をあたえているかを確認すべきである。

それゆえ、本章では多少責任論の学説史に触れることとなるが、ただしその歴史的側面を論じることそれ自体に関心を寄せるものではない。あくまで、歴史的に責任論がどのような機能や内容を意図して論じられてきたのかを確認するために、当時の時代背景を素描にて見ていくのみとする。これは現在の責任論が主張されるに至った経緯を確認し、それにより本稿における議論を整理することを目的とするためである。

そもそも責任という概念自体は近代刑法以前から存在していた。責任の概念それ自体は、古くは古代ローマ法に遡る。しかしこの時代においては、犯罪もなお個人間の問題領域に含まれるとされ、それゆえ現代的な意味での私法と公法の厳密な区別がなされていたわけではなかった。責任論はここでは、たとえば「犯罪」に対する損害賠償が問題となった場合などに、その「犯罪」が故意に行われたものか過失によりもたらされたものか、あるいはその被害者側にも過失が存したかなどの、現在で言うところの過失相殺の問題にすぎなかった。したがって古代ローマ法における責任論は、あくまで私人間の平均的正義の要請から生じた概念であって、非難の要素を含むものではなかった。⁷⁾

しかしその後、君主専制による国家が成立し、

国王（国家）と国民との間に絶対的な断絶が生じることとなる。そこで国家（あるいは国王）と国民の関係性を規定する法が公法と呼ばれ、国民同士の関係性を規定する法が私法と呼ばれるかたちでの区別が生じた。ここに犯罪は国王への反逆、ひいては国王に国家統治を授権した神への反逆であるとして断罪の対象となり、犯罪が単に私人間の問題ではなく、公共性を帯び始めたのである。ここから刑罰という制裁に非難の要素が生じたのである。

とはいえ、こういった処罰に現れる非難の内容が非常に恣意的であったことは、いまさら指摘するまでもないであろう。またここで言う非難の内容は、多分に宗教的色彩が強く、犯罪を行う不道德な意思に対し懺悔を要請するというようなものであった。その上、これは教会権力を強化する目的でも用いられたため、後の啓蒙思想の発展に際して批判を受けることとなった。

啓蒙思想の勃興とともに、宗教的な国家観に疑問が提示され、合理主義的な国家観が台頭することとなる。これにより罪刑法定主義とともに責任主義が刑法の基本原則とされ、Beccaria以降の近代刑法学が成立したのである。すなわち「法律なければ犯罪なし」「責任なければ刑罰なし」である。ではなぜ犯罪の成立のために責任が要求されることを改めて宣言したのであるだろうか。というのも、先に述べた通り責任の概念それ自体は近代刑法以前から存在していたためである。

これは近代刑法成立以前と以降で、責任を要求する意味合いに変化があったためであろう。すなわち、ここでは罪刑法定主義と責任主義を基本原則として据えることによって、アンシャンレジーム下における法と道徳・宗教の結合や罪刑専断主義、そして連帯責任による処罰を排除しようとする点に、その主眼があったと考えられる。

この啓蒙期において後世に多大なる影響を与えたのはKantである。Kantは人間を理性的主体であるとし、自律的な存在であると主張する。それゆ

え、人間は単に傾向性や因果律に支配される「客体」ではなく、自ら決定し選択をなしうる自由な「主体」であるとするのである。ここから意思自由論が導かれ、刑罰は「自由な意思に基づいてなされた犯罪に対する道義的非難」であるとする、道義的責任論が主張されたのである。

また、この意思自由論と道義的責任論を基礎として、客観主義の立場から個別行為責任という考えが生じた。これは自由意思に基づいて行為する行為者の、個別行為に現れる主観的悪性に対する非難である。この個別行為に対する非難としての相応の刑罰こそが応報刑である。これらの総体がいわゆる古典学派の刑法理論である。

しかしながら、Kantによりもたらされた、この古典学派の刑法理論も再考を迫られることとなる。すなわち、新派刑法学の台頭である。その背景として、19世紀後半の産業革命以降、貧しい農村部から職を求めて都市に出稼ぎに来る労働者が急増したことが挙げられる。というも、それに伴い失業率も格段に上がり、貧困層による犯罪が多発したのである。これらの者は、貧困から抜け出せない限り再犯を繰り返すため、「自由意思」を標榜し人を「理性的主体」とみなす古典学派の刑法理論が犯罪への対抗策としては無力なのではないかとの疑問が生じたのである。

これを契機としてLombrosoが生来性犯罪人説を提唱し、犯罪者はすべて生まれながらにして犯罪を犯すように宿命付けられていると主張した。ここではその運命論的な考えから、意思自由論はもはや放棄されることとなり、ここに意思決定論が登場することとなる。

意思決定論をその基礎とした場合、責任はもはや非難の要素を有さないこととなる。というのも、意思が自由である場合には、その個別行為に対する選択意思が問題となり、差し控えるべき行為を差し控えなかった意思決定に対し非難がなされ得るが、意思は決定されているということを前提とすれば非難は意味をなさない。それゆえ、意

思決定論を基礎とする場合、行為者の責任を基礎付けるのは、社会が危険な行為者から自身を守るための措置として行為者に科す、社会的責任であるとする。これについて我が国における社会的責任論の代表的な論者である牧野博士は「社会的責任という名称は、しかし責任という語を用いる点において誤解を免れないものであり、われわれは、むしろ責任という及び用語は、刑法論上、之を捨てるのが、事理の理解を平明ならしめる上において適当であろう、とおもう」とされ、むしろ「或いは『社会的処置』論とするのがいいかもしれない⁸⁾とする。

それゆえ、刑罰によって制裁の対象とされるのは、個別行為やそれに見出される意思決定ではなく、行為者の危険な性格である。そこでは個別の行為は、行為者の危険な性格を徴表するひとつの契機に過ぎないのであって、ここに行為者刑法すなわち主観主義刑法学（新派刑法学）が成立したのである。

この新派刑法学の登場を機に、古典学派との激しい学派間の争いが生じたが、ここではその議論それ自体には触れず、以下の点のみを指摘することとする。新派刑法学と古典学派刑法学の間争いは、互いの歩み寄りにより収束の方向へと向かった。これは、各陣営が自身と相手の立場を誇張して議論を進めていたことに自覚することとなったためである。これについて平野博士はその状況を以下のように喩えを交えながら説明する。すなわち「この旧派と新派との対立は、しばしばあまりに誇張され単純化されすぎるうらみがある。とくに両派の論争の過程では、しばしば一方が他方を『まず黒く描いておいて、その黒さを批判する』弊におちいった。現実の刑罰というものは、決して応報か改善かというように一面的に割り切れるものではない。実際に存在した旧派も新派も、刑罰の持ついくつかの側面の一つを、従来よりもいくらか強調しようとしたにすぎない、⁹⁾と。ここから古典学派も意思の絶対的自由という

理念を修正し、意思が一定程度環境的要因により決定されることを認めたのである。¹⁰⁾ また新派刑法学も、Lombrosoが生来性犯罪人説を主張する契機となり、彼が発見した犯罪者の身体的特徴は、根拠のないものであったことが判明したこともあり、その宿命論的な決定論は放棄された。そして人間と意思決定は必ず合理的な理由により説明され得るとする、¹¹⁾ いわゆるソフトな決定論が主張されるに至った。またこの新派・古典派両者を折衷したかたちで人格責任論が主張されはじめたことや、古典学派の有する形而上学的・道徳的色彩をおさえるかたちで「法秩序の立場からなされる責任非難」としての法的責任論が主張されはじめたことも、学派間の対立を緩和した一つの契機であろう。

これとほぼ同時期に体系論においては、Liszt / Beling流の犯罪体系論に対する見直しが図られた。Liszt / Beling流の犯罪体系論においては、主客二元主義が徹底されており、「違法は客観的に、責任は主観的に」というテーゼのもと古典的犯罪体系が構築されていた。ここでは、違法性は法益侵害性にその根拠が見出され、責任はその構成要件該当的な違法行為への内心的関連性に見出される¹²⁾ という、いわゆる心理的責任論が主張されていた。心理的責任論においては、行為者の認識能力を支える責任能力は責任の前提とされていた。

しかし、このような責任の把握のしかたに異議を唱えたのがFrankである。Frankは責任概念を専ら故意と過失の総体としてのみ理解することに反論した。そこでFrankは心理的責任論が責任能力を責任概念の前提とするのとは異なり、責任能力を故意・過失と並ぶ責任要素とした。これは各責任要素を「非難可能性」という概念のもと、等しく位置付けたのである。¹³⁾ また、具体的な事情において行為者を非難しうるか否かを検討せねばならないという思考から、期待可能性が責任要素に組み込まれたのである。

まさにここに規範的責任論の萌芽が認められる

のである。心理的責任概念が、違法行為に対する行為者の内心的関連性を検討することで、心理的事実を描写し観察するという自然主義的な方法を採用していた一方で、Frankが主張した責任概念はこれらの心理的事実を非難可能性という評価基準のもとに再構成し、責任を事実的判断から法的判断へと導いたのである。

以上の経緯を筆者なりにまとめると以下のようなになる。責任という概念自体は古代ローマ法にも存した。しかしながらこの責任概念は私法における責任と区別されたものではなかったため、現在刑法を扱う文脈で議論されている概念としての責任とは異なるものであった。犯罪が私人間の問題に留まらず、公共的な性質を帯びるとされるようになってきたのは君主専制国家の成立以降である。ここで初めて犯罪が私人間の問題ではなく、行為者と国家の関係において論じられるようになった。しかしながらそこでの責任概念は多分に政治的・宗教的な色彩が強く、現代的な意味での責任概念とは程遠いものであった。

この政治的・宗教的な道具として利用されてきた刑罰権行使に反駁するかたちで、罪刑法定主義に代表される近代刑法学の礎が構築された。これは刑罰権や国家の基礎を理性に置く構想であり、それゆえ犯罪においても理性の負う役割が大きいものであった。すなわち刑罰は、自由意思に基づいた個別の違法行為に対する道義的非難として観念されるのである（意思自由論／道義的責任論／個別行為責任論）。このような古典学派の刑法理論が形而上学の見地から刑罰を構想することに対し、新派の刑法理論は科学的観察から刑罰を基礎付けたのである。犯罪者の身体的特徴や、統計的な手法により自由意思の存在を否定し、犯罪者の危険な性格にその処罰の根拠を見出すのである（意思決定論／社会的責任論／性格責任論）。

これと同時に、心理的責任論から規範的責任論への転換も生じた。これは行為者の主観という心理的事実を、非難可能性という評価基準の下位基

準として、法的評価の対象とする試みである。これはライヒ裁判所におけるライネンフェンガー事件¹⁴⁾を契機として生じ、Frankによってその基礎付けがなされたのである。

これをまとめると、古典学派の刑法理論は、行為者が負うべき「責任の内容」を道義的責任とし、「責任評価の対象」を個別行為に求めるのである。新派の刑法理論はこれに対し、行為者が負うべき「責任の内容」を社会的責任、「責任評価の対象」を行為者の危険な性格に求める。心理的責任論と規範的責任論は、この「責任評価の対象」を評価する際の「評価基準」をもたらず理論であると言える。¹⁵⁾

以上を概観すると、刑法上の意味における責任概念は、もともとは刑罰との関係で生じてきたように思われる。すなわち、意思自由を前提とし、個別行為への道義的非難として刑罰を観念することから、責任概念の内容を導くのが古典学派の刑法理論であったし、逆に意思自由を否定し、危険な行為者の性格から社会を防衛する手段として刑罰を観念することから、責任概念(社会的措置)を導くのが新派の刑法理論であった。

これに比べると、規範的責任論が生じてきた経緯は若干異なる。心理的責任論から規範的責任論への転換は、刑罰論からと言うより、体系論的要請から生じてきた感がある。もちろん刑罰論から独立してこの転換が生じたわけではなからう。責任の評価方法が変更されてきたのは、何を責任の評価対象とするかの内容が変わってきたためでもある。それゆえそういった変容に対応する以上、この規範的責任論への転換が刑罰論と全くの無関係であるということはある。しかしまた、規範的責任論が古典学派の刑法理論においても新派の刑法理論においても採用されうる¹⁶⁾ということ、やはり規範的責任論それ自体は刑罰の基礎付けとは直接に関連しない次元にあったこともまた事実であろう。

それゆえ、規範的責任論においては、その「責

任評価の対象」それ自体をどのように評価するかに重点が置かれていたため、その「責任評価の対象」に何を見出し、行為者のどのような主観的態度を非難するののかという点に、注意が払われていなかった。つまり、「違法な個別行為」に見出される、どのような行為者の主観的態度に対し、「道義的(あるいは法的)な非難」を加えるのか、という問いである。

このような問いは現在においてもなお克服されているものとはいえず、再考の余地があるように思われる。この問いはすなわち、何を処罰するのか、という問いに直結する。これは規範的責任論が欠いていたように思われる、刑罰との関連性をいまいちど検討すべきであることを意味する。なぜなら、責任非難の内容を単に他行為可能性や反対動機の形成可能性によって基礎づけた場合、Iにて述べたような臆病者と無関心者の間の処罰の配分における不均衡が生じうるためである。それゆえ、規範的責任論を維持しつつ、具体的に行為者の「何を」非難するのか、つまりこの責任論が行為者の規範違反性に何を見出し、何を非難するのが問われねばならないであろう。

II 責任論の議論状況

1. 我が国における議論

我が国において、規範的責任論や責任非難の実質的な内容について論じる文献は少ないというのが現状である。というのも、我が国においては上述のように古典学派と新派の間で互いの歩み寄りが試みられ、実際に相対的意思自由論やソフトな決定論が登場し、道義的責任か社会的責任かの択一的な議論は単にイデオロギー対立のようなものであるとみなされ、この議論は収束を見たためである。また、法的責任論という道徳的にニュートラルな責任論が登場し、これは戦後の自由主義的な刑法構想とも軌を一にしたため学説において歓迎され、現在の多数説を占めることとなった。¹⁷⁾

それゆえ現在、グランドセオリーとしての責任

論それ自体にほぼ争いはなく、責任の領域では故意や過失、違法性の意識などの各責任要素の内容をどのように解するかという解釈学上の争いが若干なされている程度である。¹⁸⁾ またそこでも故意の内容そのものや、故意責任の基礎付けなどが論じられることは少なく、錯誤や共犯関係との関連で生じてくる問題が扱われる程度である。

したがって本章においては、責任の本質論について論じている数少ない論考の一部として、川端教授と井田教授の責任論を詳細に見ていくこととする。

a) 川端教授の見解

川端教授は「責任の基礎は『相対的意思自由論』に求められるべきであり、因果的決定論の見地からあらゆる行為を素質と環境の必然的所産として把握し、行為者に社会的危険性がみとめられるかぎり責任を肯定すべきであるとする社会的行為論は、妥当でない。責任の観念は『自由の意識』を前提とする非難または非難可能性をその内容とするから、責任概念の基礎を相対的意思自由論に求める修正された道義的責任論は、その限度で妥当な面を有している」¹⁹⁾ とするが、一方で「『責任』を道義的非難可能性と理解することは、責任判断の主体としての国家が、『道義実現の主体』であって、個人に対して『道義的優越性』をもち、究極においては、最高の道義態、ないし社会倫理の創造者・実現者であることを前提にせざるを得ない点に、重大な疑問が存する」²⁰⁾ と指摘する。ここから、「法秩序として是認された価値の秩序を破壊する違法行為を理由にして、行為者に対して法的責任としての責任非難が加えられるのであるから、法的責任論が妥当である。」²¹⁾ とする。

その根拠として「刑法規範が一定の行為を禁止・命令することにより、行為者に対して規範に合致した意思決定の義務を課し、行為者は適法な行為の決意に出なければならぬにもかかわらず、義務に違反して適法な行為の決意に出ず、違法な行為の決意をおこなったことにもとめられ

る」²²⁾ ことを挙げる。それゆえ、この法的責任論に対する理解にとって、違法性の認識が重要な意義を有するとする。すなわち「違法性の現実的認識があるばあいには、通常、適法行為を決意すること（反対動機の形成）が容易にできる。それにもかかわらず違法行為を決意したときには、その決意についての責任非難が法秩序の見地から行為者に対して加えられるのであり、このばあいは、違法性の現実的な認識がなく認識の可能性があると過ぎないばあいよりも重い責任非難が加えられることになる。なぜならば、このばあいには、反対動機の形成がより容易であるにもかかわらず、敢えて違法行為に出るばあいには、責任の実質をなす「法敵対性」ないし「法敵視性」が強度であるから、それだけ重い責任非難が課せられるのである」²³⁾ とするのである。

川端教授は、反対動機形成可能性そのものや、それによる他行為可能性それ自体によって非難を基礎付けるのではなく、そこから見出される「法敵対性」を非難の対象とするのである。ここから故意行為は過失行為より典型的にこの「法敵対性」が低いとするために、過失の方が責任非難は小さくなるのである。

この見解は、違法性を客観的規範違反、責任を主観的規範違反であるとする新客観的違法論に忠実な見解であり、この点は川端教授自身が指摘するように人的不法論すなわち行為無価値論の立場から責任を基礎付けたものといえよう。

b) 井田教授の見解

これとは別のアプローチをとるのが井田教授である。井田教授は「行為者の規範意識（ないし性格）の法則性・傾向性が、なぜ・いかなる要件のもとで責任を重く（あるいは軽く）する方法で作用するのかが重要な意味を持つ」²⁴⁾ とされており、この問題関心は本稿の問題意識と重なるものである。

井田教授は意思自由論を前提とする道義的責任論の問題として以下の点を挙げる。すなわち「非

決定論的な自由を責任の根拠にすると、性格の傾向性から犯罪行為を説明できる程度に応じて責任は否定されざるを得ない点に関わる]²⁵⁾とする。これは「たとえば、出来心で生まれてはじめて窃盗をした犯人と、犯行を重ねて規範意識が鈍磨した常習窃盗犯人とでは、初犯の前者の方がより『自由』で、したがって責任も重く、後者の常習犯人の行為の方がそれだけ選択の余地が狭まっていることから責任もより軽いということになりかねない。また、同様に、最後の最後までためらいつつも結局は実行に出た殺人犯人と、何らためらわず心のおもむくままに人を殺した犯人とで、規範意識の法則性・傾向性を強く肯定できる後の方が責任が軽くなりかねないというジレンマが生じる」²⁶⁾という点も道義的責任論の問題点であるとする。

また意思決定論を前提とする社会的責任論においても似たような問題が生じるとする。たとえば「両親2人とも窃盗の常習者で、この両親に『どろぼう』となるべく育てられた子供が成長して窃盗を行ったとする。この場合、行為が性格に相当であるから、決定論によれば責任は重くなるが、何ひとつ不自由なく幸福な家庭に育ってそれでも窃盗を行った者と比べたとき、責任がより重いと言えるかどうか」²⁷⁾は疑わしいとする。

これらの問題点から、「責任非難の有無と程度は、没価値的に考えられた『自由な意思決定の可能性』を基準として定められるべきではない」²⁸⁾とする。「たしかにどのような人間でもおよそ正常な意思決定の可能性が排除され、または著しく限定されると考えられる行為状況ないし病的な精神的・心理的条件のもとで行われた行為については、責任を全く問い得ないか、少なくとも完全な責任を問い得ない。しかし、行為の動機づけに対する影響の程度は同じでも、たとえば、憐愍の情に動かされて犯行を決意するに至った場合と、利欲的動機から行為に出た場合とでは非難の程度は異なる。反対動機が強く作用したならば非難は弱

まるし、結果発生を確定的なものと認識した場合など、犯意が強く持続的である場合であるほど非難の程度は強まる。また通常の人なら興奮したり欲求に駆られたりしないと考えられる事情のもとで容易に興奮・欲求に動かされて行為に出た場合や、通常の人ならその感情・興奮・欲求を抑制しうると考えられる状況でこれを抑制しないで犯行に及んだ場合などでも、行為状況が少なくとも日常しばしば生じ得るものである限り、ただちに責任非難の程度が軽くなることはできない。このように見てくると、責任判断にあたり行為者を標準とする自由意思ないし他行為可能性のモデル（行為者標準説）は、たとえその仮説・フィクションとしての問題性を度外視したとしても、これを責任判断の基礎に置くことはできない」²⁹⁾と述べ、没価値的な他行為可能性の存在それ自体で責任を基礎付けることはできないとする。

それゆえ「法は社会の構成員としての『典型的な要請』に応じることを行為者に期待せざるを得ない。ここから、当該の具体的状況に置かれた行為者は社会の側からいかなる行為をどの程度期待されるかという『社会的期待』の有無と程度が責任判断の基準となると考えるほかはない」³⁰⁾とし、意思自由を前提とした主観的他行為可能性ではなく、行為者への「社会的期待」が責任を基礎付けるとする。そうだとすれば、犯罪に対する刑罰という非難は、「社会的期待に対する違背」に向けられることとなる。

この見解は、「社会的期待」から責任を基礎付けるため、意思自由の存在を厳密な意味で前提としない。³¹⁾この点で意思自由という証明不可能な理論的前提に依拠することなく刑罰を構想できることになる。たしかに意思自由は、科学的には、いまだ証明できるものではないから、この問題を避けることができるという点にこの見解の理論的長所がある。

2. ドイツにおける議論

a) Jakobsの見解

Jakobsは心理的責任論について「自然主義的な観察による見解であり、これはまた責任概念から不明瞭な評価（的要素）を排除し、責任を確実に実証可能なデータに結びつけるという法治国家に沿う試みからも生じてきた」³²⁾と述べており、その点で心理的責任論の理論的内容の科学的な明瞭さと、それによって法治国家の理念にも沿うものであろうことが、心理的責任論の長所であるとしている。

しかし一方で、心理的責任論はもはや維持できないとも述べている。「とりわけ、この見解は、どのような心理的要素が責任に関連するといえるのか（それとならびにそもそも心理的とはなにか？）、という問いに一切の回答を示していない。故意と過失の責任との関連性（たとえば、なぜ意図に限定しないのか？という問いに答えること）すら基礎付けることができないのである」³³⁾とする。

それゆえ、単なる心理的事実の存在をもって責任を肯定するのではなく、責任要素を統合する概念としての非難可能性のもと、責任判断を法的評価となさしめた規範的責任論を評価している。しかしながら、現在の規範的責任論についての議論の現状は不十分であるとも指摘している。すなわち「なぜ行為者は自身の違法行為に対して責任を負わねばならないのか、という問題」³⁴⁾が、いまだ十分に解決されていないとする。というのも、「責任の領域では他行為可能性（Dafür Können）、より厳密には義務付けられた当為の内容に従って意思が自身を方向づけることの可能性（Sich ausrichten Können des Willens）が問題となる」³⁵⁾が、「結局のところ、行為のシチュエーションにおいて個々の可能性（individuelle Können）はそもそも事後的には認定されえない」³⁶⁾ために賛同しえないとする。

そのためJakobsはいわゆる機能的責任論を主張するのである。Jakobsは、「責任概念によって果た

されるべき機能は、行為者の法的でない動機を、その紛争（Konflikt）の根拠として特徴付ける点にある。法的な動機付けが欠けている場合、行為者は処罰されねばならない」³⁷⁾としている。そして「処罰は、一般的な法への信頼の維持、一般的な規範承認のためになされる」³⁸⁾とし、これにより「行為の有責性を問う際には、その違法な行為が法への忠誠の欠如の現れであるのか否か、あるいは行為者はその行為の違法性から距離を置くことができるか否か、が問題となる」³⁹⁾としている。それゆえ、これを端的に言えば「責任とは法への不忠（Rechtsuntreue）」であるといえる。

この法への不忠を論じる際、「行為者が行為の際に自由な意思で行ったか否か、についての想定とは関係がない」⁴⁰⁾とする。「社会秩序の保全に限定した場合、責任において、行為者が実際に規範的な決定において個々の実行可能な行為の選択肢を有していたのか否かは問題とはならない」⁴¹⁾のである。この思考の背後には、以下のような基礎があるのであろう。すなわち意思自由は心理学的領域にかかわるものであり、あくまで心理的・精神的システムに属する。その一方で、刑法が問題とすべきは意思自由そのものではなく、行為自由であり、これは法システムに属する。各システムは閉鎖的で、その作動において独立しているために、心理的システムが法システムに直接の影響を与えることはなく、逆もまた然りである。それゆえ、意思自由の存否それ自体は、法システムに何ら影響を与えるものではない、というLuhmann的な基礎に依拠するのであろう。⁴²⁾

この見解は、前述の井田教授の見解のように、意思自由を前提としない点にその特徴がある。しかし、井田教授の見解との相違点は、井田教授が「社会的期待」という行為者の外部にある事情から責任を基礎付ける一方で、Jakobsは「法への不忠」という行為者の主観を評価することによって責任を基礎付ける点にある。

b) Kindhäuserの見解

Kindhäuserは形式的な意味における責任を、「行為者へ犯罪を帰属することの帰結としてなされる非難の内容が、刑法的責任として理解されねばならない。責任非難でもって行為者に担わされるのは、所与の事情において彼に対して期待されたにもかかわらず、犯罪構成要件の実現（すくなくともその未遂）を規範に従うことによって回避しなかったことである。この点で、責任とは、違法な行為に現れている、十分な法忠誠的動機付けの欠如に対する答責性である」⁴³⁾としている。

そして「なぜ行為者はその期待に沿って規範に従う動機を形成しえ、またそうすべきであったのかという問いに答えようとするのが、実質的意味における責任の理論である」⁴⁴⁾として、Kindhäuserは現在主張されている諸見解を検討する。

まず規範的責任論についてであるが、「責任を心理的事実と解し、そのため（どのみち法的には解決しえない）意思自由という問題を内包する心理的責任概念と、規範的責任論は袂を分かつのである。規範的責任論という非難可能性とは、違法な構成要件実現が法規範への誤った考えの現れとして行為者に帰責される、ということの意味する」⁴⁵⁾との理解を示している。しかしまた「規範的責任論はたしかに、責任が自由で答責的な行為に対する社会的観点に基づく規範的構造を有していると解しているのは適切であるが、非常に不明瞭であり、ほぼ内容がない」⁴⁶⁾として批判するのである。

それに続いて機能的責任論を検討する。「この見解によれば、責任とは刑罰の機能、もっといえば刑罰の目的を、一般的な規範への服従にとって十分な法への忠誠を保全するという積極的一般予防論の意味で、刑罰の機能といえる。したがって、積極的一般予防の目的設定に応じて、処罰が要請される場合に、行為者は有責に行為するものということとなる。この目的はあらゆる国家的不法体系において追及されうるから、責任とは実質的に

は正当な規範に対する法への忠誠の欠如であるとみなされる。この規範とは、個々人にその自由で平等な発展にとって不可欠な援助を与えるものである」⁴⁷⁾と述べる。しかし「このような限定にもかかわらず、機能的責任論もまた非常に不明瞭であるばかりか、なぜ行為者は規範に従うことを義務付けられているのかという問いに答えるものではない。というのも、規範の正当性と規範違反の責任との間のつながりが欠けているためである」⁴⁸⁾として、その規範に従うべきであることと規範の正当性の基礎付けに疑問を投げかけるのである。正しい規範に従う義務があるのは、その規範が正しいからである、と説明した場合、その規範の「正しさ」がどういった点から生じるのかを明らかにせねば、トートロジーに陥るであろう。

「この責任と規範の正当性の間の内的関連性を形成しようとするのが、いわゆるコミュニケーション的責任概念（diskursiver Schuldbegriff）である」⁴⁹⁾とする。「この理論は、行為者を法に服従する名宛人としてに留まらず、——法治国家的民主主義における——自らが犯した規範の創造者としても理解する。民主主義的な基礎を有する社会において、規範というものは、自律的人格の（可能な限り）適切な利益分配についての法という形式のコミュニケーションの現れである。規範の創造者としての役割において、行為者は他者とのコミュニケーションに拘束され、したがってコミュニケーションという方法によってのみ法規範から逸脱しうるのである。あらゆる者は民主主義的な基礎を有する社会において、規範を変更することを試みうるが、他者の権利を公正に考慮しつつコミュニケーション的にのみそのプロセスに参加することを試みうるのである。行為者が（帰属可能な方法で）規範に違反した場合、その行為者は規範の基礎にある関与者のコミュニケーションを否認することになる。したがって、実質的な責任とは、適切な利益分配についてのコミュニケーションに他者が参加することに対する、犯罪に現れた

公正さの欠如である。さらにこのアプローチによれば、民主主義的な基礎を有する社会の刑法における責任は、神の国や独裁制の刑法における責任とは別物となるのである⁵⁰⁾としている。機能的責任論のように刑罰目的から責任を導くのではなく、あくまで行為者も民主主義における参政主体として観念するのである。

このコミュニケーション的責任概念を前提として、Kindhäuserは以下のように責任の実質を論じる。「刑法的責任がどのように規定されるべきであっても、刑法上の責任はどのみちもっぱら法的責任であり、したがって法への忠誠の欠如に対する非難のみが帰せられるのである。社会倫理的な評価が刑法に入り込んできたとしても、刑法的な責任非難は、道徳的な判断でもなければ、個人々が基準であるとみなしている道徳的規準の道徳的評価とも結びつかないのである⁵¹⁾」として、道義的非難と刑法的な責任非難を区別する。

この見解は、前述のようにJakobsと同じく責任の実質を「法への忠誠の欠如」とするが、その基礎付けはJakobsと異なり機能的責任論ではなくコミュニケーション的責任論を前提としている点に相違が見られよう。

IV 現在の責任論の学説史的 position

以上、責任論における議論の現状を整理してきたが、これらの学説が学説史上どういった文脈に位置付けられようのかを考察しつつ、各学説の若干の検討を行うものとする。

1. 川端教授の見解について

まず川端教授の見解は、各責任要素から見出される行為者の「法敵対性」によって責任を基礎付けようとするものであった。この見解によれば、川端教授自身が指摘するように、故意よりも過失の方が典型的に非難の程度が軽いという点を説明しよう。なぜなら、違法行為を認識して、それでもなお行為に出る故意犯の主観的な「法敵対性」

と、違法行為の認識可能性があったに過ぎないで行為する過失犯の主観的な「法敵対性」とでは、後者の方が通常低く、それゆえ責任非難の程度も低くなるためである。

この見解はさらに、従来から個別行為責任説が抱えていた問題をも解決するものである。従来、個別行為責任説は常習犯の処罰に関して説明に窮していたという点である。意思自由を前提として、行為者の個別行為に対する道義的非難を刑罰の本質と解していた古典学派の刑法理論の立場からは、反復累行のうちに規範意識が鈍磨していく常習犯に対して、その意思的要素・反対動機形成可能性の低さゆえに非難が小さくなると考えるほかなかった。まさにこの点が新派刑法学の生じる契機でもあったのである。

しかし、完全とは言わないまでも意思自由を前提とし、その上で行為者の主観的規範違反性に「法敵対性」を見出すこの見解の立場からは、「常習性」はまさに「法敵対性」を高める事情であり、常習犯や累犯が刑罰加重事由である点をよく説明するものである。従来、これを説明するには人格的責任論を採用し、常習に至るまでの「人格形成責任」を問題とせざるをえなかったが、川端教授の見解はこのような性格責任論的要素を組み込むことなく、個別行為責任を維持できることに卓越した点があるといえよう。

この見解は、責任を、意思自由を前提とした個別行為に対する非難可能性と捉える点で、あきらかに古典学派の刑法理論の系譜に属する。ただし、古典学派の刑法理論が有していた形而上学基礎付けを脱し、完全な意思自由ではなく、相対的な意思自由を想定する点、また非難の内容も行為者への道義的な非難ではなく、あくまで「構成要件該当の違法な行為をおこなったことを理由として行為者に対して加えられる法的な非難⁵²⁾」であるとする点が修正され、「法と道徳の峻別」を徹底している。しかしながら、この修正は古典学派の刑法理論と矛盾するものではないであろう。なぜ

なら、古典学派の刑法理論自体が、先に見たように君主専制時代の宗教的・政治的な刑罰権行使を、理性によって制限する試みの中で生じてきたものだからである。そこではいわゆるリベラルな刑罰が構想されたはずであり、「法と道徳の峻別」に忠実であることは古典学派の理念に反するものではなからう。⁵³⁾

しかし、この見解に立った場合、前述Ⅰにて挙げた問題を解決しきれないのではなからうか。すなわち、「臆病」と「無関心」の均衡問題である。「法敵対性」の観点から考えると、臆病ながら行為に出た行為者は、その主観面に残虐性や嗜虐性が見とめられないことから、法敵対的であるとは言えず、それゆえ非難の程度は低くなろう。この結論自体は支持されるべきであろうと思われる。しかし、「無関心」から行為した行為者は、直接違法行為をなす認識は低く、その認識が低いのも行為者の法敵対性の高さを理由とするものとはいえない。たしかにこの「無関心」な者は、遵法精神を欠いており、法や他者の権利に対して不誠実である点は否定できない。しかし、それは「法敵対的」とまで言えるかは疑問である。無関心な者の行為に関しては、法敵対性が無いか、せいぜい相当に低い程度での法敵対性しか見出されず、したがって非難の程度も（あったとしても）低くならざるをえない。そうすると、規範的評価において「臆病」と「無関心」の間に大きな違いはないことになろう。しかし、ほんとうにこの両者に有意な差はないのであろうか。

また、このほかにも「軽信」や「認識なき過失」についても似たような問題が生じる。Ⅰの事例を修正し、行為者が誤って毒物を飲み物に混入してしまっただが、不適切にも「毒物が入ったように見えたが、見間違いであろう」などと軽信した場合（通常人なら危険な毒物が混入したことを認識する場合を前提とする）、この軽信に基づく行為を、法敵対的であると評価できるであろうか。というのも、この場合の行為者には積極的に違法行為に

出る認識はないのであり、したがって規範に直面したうえでそれに違反するという意識はない。ここには法敵対性を認めがたく、責任なしとするほかなかろうように思われる。これは「認識なき過失」についても同様のことが言えよう。

2. 井田教授の見解について

井田教授は責任を「社会的期待」によって基礎付け、「社会的期待」を裏切ることに対して非難が向けられるとする。これによれば、常習的な行為は社会的期待への深刻な裏切りであることから責任が重くなり、劣悪な環境で育ち犯罪に身を染めたような行為には社会的期待も強く向けられないため、非難の程度も低くなろう。また動機の善悪によっても非難の程度が異なりうるとする。⁵⁴⁾ そしてまた、一般人であれば抑えられるべき興奮や欲求から行為した場合にも、責任の減少を認めないとするため、この諸帰結は受け入れられうるものであるように思われる。

また、井田教授は意思自由の問題を、「事実として」意思が自由かどうかは一旦おき、刑罰権を制限する原理として責任概念を構築する上で、人間の意思は「自由なものであるとして扱う」こととする。⁵⁵⁾ もし決定論を前提としてしまえば、人間には主体性が認められないこととなり、あくまで刑罰による予防効果追求のために用いられる客体にすぎないとされることとなるため、意思自由を「仮設」するのである。これにより古典学派の刑法理論に向けられた批判、すなわち意思の自由の存在は証明できず、疑わしい前提のもと立論をしている、という批判を避けうるものである。

この見解はまた、常習犯の責任が重くなる点も説明なしうる。というのも常習犯へは、法に従うべき「社会的期待」がより強くはたらくのであり、これに対する裏切りはより大きな非難を基礎付けるといふべきである。また、川端教授の見解が解決できなかった「無関心」の責任非難をも可能にする。すなわち、法に従うことが社会から期待さ

れるのであれば、たとえ無関心により一定の認識を欠くなどしても、本来ならば関心をもって他者の法益を尊重することが社会的に期待されるところ、これを欠いた場合には非難が向けられることとなろう。

同じく「轻信」についても、責任非難を基礎付けることに困難はないように思われる。これは「無関心」と同様であり、行為者には法に従い他者の法益を尊重する社会的期待が寄せられるところ、不適切にも軽はずみに誤った認識を有した場合には、その誤った認識を正すことが期待され、それをせずに行為した場合にはやはり社会的期待への裏切りがあり、非難が向けられることとなる。

このように、井田教授の見解は様々な事例において「社会的期待」に基礎づけられた責任非難を可能とする。しかし、責任非難の基礎付けとして「社会的期待」という概念は非常に有用だが、責任非難の程度をあきらかにすることには不向きである感は否めない。というのも、行為者の行為の原因が「臆病」であれ「無関心」であれ「轻信」であれ、法に従うことはあらゆる者に期待されているのである以上は「社会的期待」は存するためであり、そこに有意な差は生じないのではないかという疑問が生じる。「無関心」な行為者には社会的期待が大きかったり、「臆病」な行為者にはそれが小さかったりするわけではなからう。

「社会的期待」という概念自体が非常に不明確であり、期待の大きさは何をもって決定されるかが不明瞭であれば、結局のところ不均衡の問題が解決されたとはいえないであろう。もちろんこのことを単純に「社会的期待」という語の不明瞭さにあるものと批判することもできよう。しかし、この問題はより根本的な点にその問題があるように思われるのである。

井田教授の責任論において、意思自由を「仮設」しようとした目的は以下の点にあった。すなわち決定論とそれを基礎とした社会的行為論によって行為者に主体性が認められなくなり、単なる「社

会的措置」の客体となることにより功利的な刑罰構想の道具となってしまうことを防ぐ点である。しかし、「社会的期待」により責任を基礎付けることは、責任に功利的な要素が入り込む余地を生じようように思われる。なぜなら、「社会的期待」というのは基本的に、行為者が犯行に出ないことについて社会の側から期待することであり、この期待は容易に犯罪予防の要請に結びつきうるためである。責任の内部に予防的考慮を混入してしまえば、責任に刑罰権の制約を期待することが難しくなる。

また、そもそも、「国家刑罰権行使の枠づけに役立つものであるから」という根拠でもって、意思自由（ひいては責任）を「仮設」することは可能であるかは疑問である。というのも、そのようにして「仮設」された意思自由は、「役立つから」というやはり功利的な基礎付けでもって設定されるのであり、こういった基礎付けには一定の危うさがないではない。⁵⁶⁾たとえば、極限的な事例になるが、意思自由を想定することが自由保障の見地からみて何らの効用も有さず、しかし法に従うことが行為者に対し「社会的に期待」されているような場合に、はたしてその責任論は刑罰権行使を限界付ける機能を発揮できるであろうか。

このように、井田教授はかつて社会的責任論が主張した「生の」功利主義的考慮を責任の内容とすることに対し反対するものだが、「社会的期待」のもと責任概念を構築することや、その基礎に「仮設」の意思自由を設定することなどにより、功利的な要素が忍び込みうる余地を与えてしまったのである。それゆえこの見解は、意思自由を基礎とする古典学派的系譜というよりは、どちらかといえば決定論をベースとし修正を加えていった新派の系譜の延長線上に位置付けられよう。

3. Jakobsの見解について

Jakobsは、責任が刑罰目的から導出されるということから、責任非難を「法への不忠」に対する

非難であると解している。これは法に従うことが社会的に期待され、その法への忠誠が欠如することを問題とする点では、前述の井田教授の見解と共通点を有するものであり、また一方で純粋な社会的期待に依拠させるのではなく、あくまで行為者の法秩序に対する主観的態度・姿勢を評価しようとする点では前述の川端教授の見解と共通点を有する。

この見解によれば、たとえば常習犯が加重事由であることの説明が容易である。「心理学的な理解に基づく個別的な（他行為）可能性は、常習犯の際には少なくとも限定されているといえる。なぜならば、習慣を断つということは、それを最初から習慣としないようにすることよりも困難であるためである」⁵⁷⁾が、Jakobsの見解においては「行為者の心理的基礎という事実ではなく、強度の犯罪性に際しては事実に法への忠誠が著しく欠如していることが重要である」⁵⁸⁾ためである。したがって常習犯は、初犯よりも法への不忠が著しく、それゆえ刑が加重されるのである。

また、行為者の軽信や無関心により一定の認識を欠いたような場合でも、この見解によれば責任を肯定し得るという。前者はたとえば錯誤論によって、後者は間接故意によって解決される。錯誤論においては、その錯誤に陥った原因が法への不忠を理由とする限りで責任を負うとする。⁵⁹⁾ 後者は、一定の認識を欠いたことについて、行為者にとって法が意思決定の際に重要ではなかったような場合で、かつその認識の欠如が回避可能であれば免責されないとするのである。⁶⁰⁾ したがって、この見解においては心理的事実の有無そのものではなく、心理的事実が存在したことあるいは存在しなかったことが法への不忠とみなすことができるかによって責任が基礎付けられるのである。

これによって川端教授の見解が基礎付けに困難をきたした、認識なき過失をも難なく説明し得る。これについても認識を実際に有していたか否かではなく、その認識の有無が法への不忠を理由

とするか否かで責任評価がなされるため、認識なき過失であっても、その不認識が回避可能であり、法に忠実な主体であれば認識したであろうような場合には、責任が認められうる。

これはまた、本稿の主たる問題関心たる「臆病」と「無関心」の不均衡をも解決し得る。前述のようにこの見解によれば、法的に重要な事実を無関心によって看過した場合、そこに見出される法への不忠の程度により責任が基礎付けられる。これに対し臆病の場合には、その認識に欠けることはないが、法秩序への一応の畏敬の念を有しているとはいいうるため、典型的に責任非難の程度が低いことになろう。これは受け入れられるべき帰結であるように思われる。

この見解は、Jakobs自身も指摘するように、心理的事実の存否それ自体ではなく、その心理的事実の存否の評価が責任を基礎付けるとする。犯罪についての一定の認識を有している場合には当然のことながら、その認識を欠いたことにも規範的評価が及ぶのである。これは、あくまで自然的・科学的観察による事実認定ではなく、これらを法的評価の対象としたという点で、規範的責任論を徹底した見解であるといえよう。

このようにこの見解によれば、様々な行為者の主観的態度をとくに支障なく評価できるようにも思われる。しかし、この「法への不忠」という上位概念が機能的責任論から基礎付けられる限りにおいて、その概念には危うさが伴うように思われる。

Jakobsの見解は機能的責任概念を前提とし、責任は規範妥当を保全するという積極的一般予防論から導出されるとし、したがってこの規範妥当を主観的に侵害するものとして責任を観念することから、責任非難の対象を「法への不忠」と捉えるのである。しかしながら、前述の井田教授が指摘したように、⁶¹⁾ 責任の概念はともすれば功利的に用いられうる刑罰権行使を限定する概念であるはずである。その責任概念の中に予防的考慮が混入

されてしまえば、刑罰を限定する機能は見込みにくい。これによれば責任は刑罰権行使の限定という、その固有の意義を失うのではないか。

また機能的責任論が抱える問題は、責任概念という刑法上の講学概念にとどまらず、その政治哲学的な背景にも現われよう。というのも、機能的責任論を前提として「法への不忠」を非難することは、規範確証という目的のもと、もっぱら市民に対し法に忠実であることを求めるものであって、盲目的な法への服従を要請するような全体主義的な契機をはらむ恐れがあるのである。法ないし規範は、ただ単に絶対的に服従させられるべきものではなく、場合によっては破壊される。これは前述Ⅱでみた歴史的経緯からしても明らかである。君主専制下での宗教的・政治的な色彩の強い法規範は、理性の登場によりその破壊・変容を余儀なくされ、パラダイムシフトを迫られたのである。

もちろん、犯罪という方法をもって法規範に対し異議申し立てをなすというのは、是認されるべきではない。しかしこのことは、必ずしも市民が絶対的に法に服従すべきことを意味するものではない。市民は政治へ寄与する権利と義務を有し、これにより法規範を破壊・変容させることを憲法上の権利として有している。それゆえ刑法は、既存の法規範を自己目的的に維持・確証し、市民がそれに従うことを絶対的な規則となさしむるという目的を有しているのではない。市民は法との関係で、単に従わされるべき客体に尽きるものではなく、法に対して主体性をも有する存在でもあるのである。

Jakobsの見解はたしかに解釈学上は問題を生じにくいという点では卓越したものであろう。しかし市民の主体性を看過する責任論が、どこまで(日常の用語法からしても)本来「責任」という語が有する意味を反映しているのかには疑問が残るところである。

4. Kindhäuserの見解について

これに対しKindhäuserは、Jakobsと同じく「法への不忠」を責任非難の対象とするものの、その基礎づけが異なるという点に特筆すべき点がある。というのも、自然主義的な観察的方法による心理的事実の存否そのものではなく、それに見出される「法への不忠」という評価的観点が責任非難を基礎付けるという意味では、Jakobsと同様に規範的責任論を徹底した見解である点は共通しているといえるためである。それゆえ常習犯や軽信、無関心と臆病の取り扱いも、Jakobsとほぼ同様である。⁶²⁾したがって以下では差異についてのみ検討する。

Jakobsの見解とのもっとも大きな差異は、その「法への不忠」を基礎付ける前提が異なるという点であろう。Jakobsは前述のように機能的責任論からこれを導いたが、Kindhäuserはコミュニケーション的責任論によりこれを基礎付けるのである。コミュニケーション的責任論は、たとえ行為者であっても、民主主義社会における市民である以上、自身が違反した法規範は、やはり自身がその創造の一端を担っている点に鑑み、行為者にも理性的主体としての地位を認める。そして、この法規範に対する異議申し立ては本来であれば、他者との間の利益分配につき公正なコミュニケーションの中でなされるべきものであるが、行為者は犯罪という公正さを欠いた方法でこれをなそうとするのである。この点で犯罪は民主主義的な法規範創造と相容れないものであり、「法への不忠」が見出されるのである。

この見解は、前述のJakobsの見解のように行行為者の主体性を否定するのではなく、むしろ積極的に法規範の創造者としての地位を見出すものであり、傾聴に値する。なぜなら、行為者に理性的主体としての地位を肯定しないのであれば、行為者は単に刑罰権行使の客体としてのみ観念されるのであり、その場合ともすれば行為者は刑罰威嚇の道具として用いられることとなり、⁶³⁾それは「責

任」ではなく「社会的措置」となろう。⁶⁴⁾ あくまで刑罰を「犯罪に対する非難」であると観念する限り、「責任」が刑罰を基礎付けるのであり、「責任」を負うことができるのは自由で理性的な主体のみである。⁶⁵⁾ 精神障害者のような、理性のはたらしに期待できず、ただ傾向性に支配された存在に対し刑事責任を負わせることができないのは、そこに自律的決定主体が存しないためである。

この点でこの見解は、行為者の主体性に注目するものであり、これはひいては行為者を理性的存在者として尊重することにもつながる。そこでは行為者の人間の尊厳が尊重され、決して行為者が道具として用いられることはないのである。

しかし、この見解が理想主義的である面は否めない。たしかに民主主義社会における市民は理性的な主体として政治に寄与し、部分的に法規範を創造することにつき権利と義務を有している。しかしながら、実在の市民は必ずしも常に理性的な振る舞いをなす存在ではなく、誘惑に駆られたり利益に目が眩んだりする「人間的な弱さ」をも有する存在である。これは理性的な主体としての振る舞いではなく、多分に性格的・決定論的要素ではあるものの、実際にはこういった「弱さ」に対する非難といったものも、いまだ刑罰の範疇ではなかろうか。⁶⁶⁾ それゆえ、この見解が基本的に支持されるべき価値を有するものであるとしても、いまだその具体像が定まらない以上は、やはり「何を非難するのか」が見えにくくなってしまおうであろう。

V おわりに

以上、「無関心」と「臆病」についての責任評価の不均衡を契機として、規範的責任論を批判的に検討してきた。責任論の歴史的背景を検討し、現在の規範的責任論が主張されるに至った経緯を概観し、現在我が国とドイツで主張されている見解が、この文脈においてどのように位置づけられるのかを整理することが本稿の第一の目的であっ

た。むしろ、本稿にて扱うことのできなかつた見解も数多く存するところであるため、さらなる見解の検討は今後の課題となろう。

本稿の第二の目的として、責任の本質を探るという点について、本検討によって得られたのは、責任が「犯罪に対する非難」であるとする以上は、たとえ行為者であっても主体性が観念されねばならないこと、その主体の認識や反対動機の形成可能性のような心理的事実の存否それ自体ではなく、そこから見出される態度に対する評価でなければならないということである。

この視座にもっとも沿うものはKindhäuserの見解であろう。ただし、この見解は前述のように、観念的であり、具体的な存在者としての市民のイメージからの乖離が否めないところ、規範形成のコミュニケーション的側面は生かしつつ、理性的側面を際立たせるのではなくより具体的な人間観に依拠して立論することが求められよう。

すなわち、人間はたしかに理性をはたかせることができ、Kantによればこの理性において人間は完全に自由であるとする。それゆえその「自由」に対する「責任」も全て負わねばならないのである。しかしながら、Kantが措定する「自由」の概念もまた疑義がないではない。KantはLegalitätの領域においては専ら他者の外的自由との調和のみが問題となるとするが、刑法が他者の外的自由のみを保障することに尽きるものではないということは風俗犯や被害者なき犯罪を見れば明らかである。このような犯罪類型においては他者の外的自由や、理性から演繹可能な帰結は問題とはなっていない。すなわち、被害者なき犯罪、たとえば覚醒剤の単純所持などがその所為によって他者を害することはなく、また風俗犯、たとえば「わいせつ性」の概念は理性の働きにより内省することによって導出されるのではなく、多分にその社会が「タブー」と考える価値観に依拠している。

したがってこれは翻って全ての犯罪責任を「自由な理性」の所産とすることはできないというこ

とを意味する。抽象的な理性的主体の内省ではなく、法共同体に属する具体的主体の間主体的なコミュニケーションによって「わいせつ性」の概念などは明らかになるのである。この規範創造における市民の関与を指摘するKindhäuserの見解は正鵠を射るものである。

しかしながら、実情としては、規範創造において全ての市民が関与しているということは多分に建前的な言明であり、とりわけ行為者に規範創造者としての認識が存するところであるかは疑わしいと言わざるを得ない。それゆえ、規範創造者の理性的側面を強調するよりも、適切なコミュニケーションの行為をとらなかったという点に注目すべきであろう。

すなわち、犯罪に際して、その規範創造者たる責任が問われるのではなく、規範創造に関与しなかったということに非難が向けられることになるのである。詳しく言うと、法共同体における各市民は、民主政治において異議を申し立てることをなす。規範の正当性に疑義があれば、各人の政治参加というコミュニケーション行為によって規範を変更することをなすのである。それにもかかわらず、コミュニケーション行為によらず、むしろそのコミュニケーション関係を破壊するという方法を使った（つまり犯罪を犯した）ということに対し非難が向けられると考えることも可能であろう。

これはいまだ試論に留まるが、このような人間の実存からのより精緻な基礎付けを図っていくことも今後の課題としつつ、筆を擱くこととする。

- 1) 責任を非難可能性と解すことに批判的なものとして代表的なのは牧野英一『刑法総論』282頁以下、堀内捷三「責任論の課題」『刑法理論の現代的展開総論Ⅰ』日本評論社（1988）171頁以下。
- 2) 堀内・前掲注1）192頁以下。
- 3) 答責性概念については、Claus Roxin「刑法上の体系カテゴリーとしての『責任』と『答責性』」（高橋

則夫訳）『刑法における責任と予防』成文堂（1984）71頁以下。機能的責任概念についてはGünther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil* 2. Aufl., S. 476ff. あるいはders, *Schuld und Prävention*, 1976参照。責任の内容に予防的要素を組み込むことについて両者は共通しているが、Jakobsが犯罪にとって責任を構成的要素であるとみなす一方、Roxinはそうではなく、処罰の条件でしかないとする。

- 4) たとえばOsker Schumacher, *Um das Wesen der Strafrechtsschuld*, 1927.
- 5) これに似た問題関心を有するものとして菅沼真也子「故意の認識内容」中央大学大学院研究年報（2010）177頁以下。あるいは大庭沙織「認識面における故意の規範化」早稲田大学大学院法研論集141号（2012）1頁以下。
- 6) 近代以降の学説史につき不破武夫「近世刑法学説史」『刑事法上の諸問題』弘文堂（1950）91頁以下。ならびに内藤謙「刑法学説史（一）外国」『現代刑法講座第一巻』成文堂（1977）121頁以下。同「現代刑法学と責任主義」書齋の窓298号（1980）2頁以下。
- 7) したがって本稿が関心を寄せる「非難可能性」としての「責任」ではない。しかしながら、このような理解においてもなお「責任」が故意・過失といった認識的要素ないし意思的要素に結び付けられていたことは注目されるべきであろう。
- 8) 牧野・前掲注1）282頁、288頁。
- 9) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』4頁。
- 10) これについて団藤重光『刑法総論』創文社（1997）34頁以下は「人間は……決定されながらも決定していくものである」と表現している。
- 11) Franz von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1905, S. 82f. 我が国においては平野龍一『刑法の基礎』東京大学出版会（1995）3頁以下。
- 12) Ernst Beling, *Die Lehre von Verbrechen*, 1906, S. 46.
- 13) Reinhard Frank, *Über den Aufbau des Schuld begriff*, 1907. またここに期待可能性が同じく責任要素として位置付けられた。ただしFrankがいまだ「期待可能性」という語は用いられておらず、この論文を著した際には「所為随伴事情（die Tat begleitenden Umstände）」という語が用いられていた。Frankの理論を発展させ「期待可能性」という語を用い始めたものとしてFreudenthal, Goldschmidtなどが挙

- げられる。
- 14) RGSt 30, 25.
- 15) これについて適切にもRoxin前掲注3) 72頁。この点、我が国ではたとえば道義的責任論を「責任の基礎」、規範的責任論を「責任の本質」などという語を用いて説明するが、これは誤解を招く表現である。一般的な用語法から言っても「基礎」と「本質」という語の間に一見して明確な差異を見出すことは困難である。また「本質」からは「基礎」が論理必然的に導かれようように思われるが、後述のように道義的責任論と規範的責任論の間には論理必然の関係はない。
- 16) 木村亀二「刑事責任の本質」法哲学四季報2号(1949)2頁以下。なお一般に古典学派の理論の方が規範的責任論に親和的であるとされるが、木村は必ずしもそうとは言えないとする。
- 17) たとえば後述、川端博『責任の理論』成文堂(2012)23頁以下。
- 18) 故意の内容を正面から扱うものとして菅沼・前掲注5)並びに大庭・前掲注5)。
- 19) 川端・前掲注17)44・45頁。
- 20) 川端・前掲注17)45頁。
- 21) 川端・前掲注17)45頁。
- 22) 川端・前掲注17)45・46頁。
- 23) 川端・前掲注17)46頁。
- 24) 井田良『刑法総論の理論構造』成文堂(2006)220頁。
- 25) 井田・前掲注24)221頁。
- 26) 井田・前掲注24)221・222頁。
- 27) 井田・前掲注24)225頁。
- 28) 井田・前掲注24)228頁。
- 29) 井田・前掲注24)228頁。
- 30) 井田・前掲注24)228頁。
- 31) 井田・前掲注24)229頁。「行為者本人に、事実の問題として選択の自由と能力があるのかないのかわからないとすると、その者に一定の規範的な要請を向け、その違背に対し非難を加えることはやはり正当化が困難ではないかという疑問が残る。ここでは次のように考えざるを得ないであろう。すなわち、自由意思の想定は、責任主義を基礎付け、国家刑罰権行使の枠づけに役立つものであるから、人権保障のための仮設、つまり、もっぱらわれわれに利益な方向で働くフィクションといえることができる。いいかえれば、われわれが本当のところ自由かどうかはわからないが、決定論に立って刑罰制度を構想すると、個人を功利主義的な条件づけの客体とになってしまうことになるから、むしろ個人は行動において自由であると仮定して制度を組み立てた方が国民の自由保障の見地からより適切だと考えられる」として「仮設」として意思自由を想定する。そこでは功利主義的な刑罰構想を排除しようとする点で、新派刑法学とは一線を画すことを試みている。しかしながら後述のように、「その方が自由保障にとって有益だから」という根拠付けもまた疑いなく功利的な考慮によるものであって、その基礎には危うさがないではない。
- 32) Jakobs, a. a. O (Fn. 3), S. 471.
- 33) Jakobs, a. a. O (Fn. 3), S. 471.
- 34) Jakobs, a. a. O (Fn. 3), S. 475.
- 35) Welzel, ZStW 60, S. 428ff.
- 36) Jakobs, a. a. O (Fn. 3), S. 476.
- 37) Jakobs, a. a. O (Fn. 3), S. 480f.
- 38) Jakobs, a. a. O (Fn. 3), S. 481.
- 39) Jakobs, a. a. O (Fn. 3), S. 482.
- 40) Jakobs, a. a. O (Fn. 3), S. 484.
- 41) Jakobs, a. a. O (Fn. 3), S. 485.
- 42) これに懐疑的な論者として増田豊『規範論による責任刑法の再構築』(2009)478頁は「自由意思に関して『神経科学の言語ゲーム』と『刑事法学の言語ゲーム』(刑事責任の言語ゲーム)とは異なる言語ゲームであるとしても、後者は前者と両立し得るような仕方で組み立てられることが必要であろう」としている。
- 43) Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner teil 6. Aufl., 2013, S. 179.
- 44) Kindhäuser, a. a. O (Fn. 43), S. 180.
- 45) Kindhäuser, a. a. O (Fn. 43), S. 180.
- 46) Kindhäuser, a. a. O (Fn. 43), S. 180.
- 47) Kindhäuser, a. a. O (Fn. 43), S. 180.
- 48) Kindhäuser, a. a. O (Fn. 43), S. 180f.
- 49) Kindhäuser, a. a. O (Fn. 43), S. 181.
- 50) Kindhäuser, a. a. O (Fn. 43), S. 181.
- 51) Kindhäuser, a. a. O (Fn. 43), S. 181.
- 52) 川端・前掲注17)44頁。
- 53) 実際にカントも適法性(Legalität)と道徳性(Moralität)を区別しており、後者は法律によって強制され得るものではないとした。
- 54) 井田・前掲注24)225頁。

- 55) 井田・前掲注24) 229頁以下。Roxinも刑罰構想の際に同旨のことを述べている。Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I 4Aufl*, 2006, S. 91ff.
- 56) このような考え方はRoxin, a. a. O (Fn. 55), S. 91ffも同旨。Roxinは意思自由の問題には踏み込まず、責任(答責性)そのものを自由保障のための「社会的なゲームのルール (Spielregel)」であるとする。これによって「国家による自由」と「国家からの自由」のバランスをとろうとするものだが、功利主義的・自由主義的な色彩が強く、刑罰が犯罪への「非難という否定的価値判断」であるということと調和しがたいばかりか、責任が犯罪の構成的要素であることを否定するものである。無益な刑罰権の行使が否定されるべきであると指摘する点は適切であると思われるが、刑罰を功利的な考慮に全面的に依拠させてしまえば、行為者の行為が非難されるべきだからではなく、あくまで「メリットがあるから処罰する」ということになろう。刑罰が非難の要素を有さないとすれば、「罰金」と「税金」の間に本質的な差はなくなるであろう。
- 57) Jakobs, a. a. O (Fn. 3), S. 486.
- 58) Jakobs, a. a. O (Fn. 3), S. 486f.
- 59) Jakobsは錯誤の取り扱いについても、心理的事実の存否にのみかからしめるべきではないとする。たとえば禁止の錯誤についても、当該禁止の認識の有無もさることながら、「正当理由」の理解にも依存するところであり、この「正当理由」の内容も刑罰目的から措定されうるとする。
- 60) Günther Jakobs, *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, ZStW, 114, S. 584. 無関心による不認識が故意の成立にどのような影響を与えるかについて、詳細には菅沼・前掲注5)。
- 61) 井田・前掲注24) 参照。まさにこの観点から、若干の疑問は残るものの、井田教授は行為者に主体性としての意思自由を「仮設」し、Roxinも責任そのものを「社会的なゲームのルール」として設定するのである。
- 62) ただし無関心の取り扱いについてはJakobsと若干の差異が認められる。行為者の無関心により一定の認識を欠いた場合、Jakobsは間接故意を肯定し故意責任を認めるのに対し、Kindhäuserは間接故意そのものを否定する。本稿が挙げた例のように、認識自体は有していたが、無関心により反対動機形成可能性が低かったような場合には、それ自体は「法への不忠」の現われとして責任非難の程度を高める事情であるとする。
- 63) 井田・前掲注24) 229頁。
- 64) 牧野・前掲注1) 282頁。
- 65) ここでは「責任を負うるのは理性的主体である」としているが、「責任を負うということこそが主体性を基礎付ける」という理解も存するところである。しかしこれは「刑罰を科されることが責任を肯定することになる」というように、いわば責任主義の論理を裏から若干不正確に述べたものであろう。
- 66) 高橋直哉「刑罰と非難」東海大学総合教育センター紀要23号(2003) 8頁。

