

【翻訳】

## クラウス・ロクシン『刑法総論』第一卷(第三版)〔十六〕

クラウス・ロクシン 著  
秋山栄一 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 責任と刑法的答責性の条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に続く評価を特徴づけ、通常、可罰性の惹起を意味する。違法性という術語の下では、行為は刑法上の当為秩序に違反し、社会を侵害するものとして許されないという観点の下に評価されるのに対して、答責性は、行為者を刑法的に負責するという観点の下での価値判断を意味する。構成要件に該当する違法な行為を「答責的」なものとする条件を充足する者は、みな刑事法的基準に従って刑罰の効果を受ける。刑法上の答責性の条件は、責任能力（19・20条）、不法の認識の可能性（17条）および一定の危険の形態（35条）や過剰防衛の場合に欠けている行為状況の正常性などである。その他にも、刑法各則、特別刑法および超法規的領域の事例において、答責性が阻却される場合もあるが、その重要なものについては、後述する。

2 例外的な事例、すなわち、刑罰阻却事由が存在する場合やいわゆる客観的処罰条件が欠如する場合には、答責的な不法行為が存在しているにもかかわらず、可罰性は失われうる。しかしながら、その場合、これは刑法上の理由ではなく、むしろ他の付加的な評価の範疇に組み込まれ

うる刑法外の利益衡量に起因するものである (後述、第 23 章参照)。

3 答責性は、不法に付加されなければならない 2 つの所与に依拠する。すなわち、行為者の責任と法律から汲み取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の中で規範の提訴効果に (未だ) 到達可能であって、自己を操縦するための十分な能力を備えているために、適法な態度の選択を心理的に手に入れことができたにもかかわらず、刑法上の不法を実現してしまったような場合には、彼は有責に行為しているのである。この有責な行為という要素は、原則的に刑法的威嚇のもつ予防上の理由からも必要となる。というのは、立法者は、ある態度を構成要件に取り込む場合に、その態度は違法性と責任が存在していれば、通常、刑罰という手段で阻止されなければならないということを出発点としているからである。その場合、予防的処罰の必要性は、それ故、特別な理由づけは必要とされず、その結果、責任の存在によって、刑法上の答責性が直ちに付与されることになる。けれども、このことは、全ての場合にそうなるわけではない。免責的緊急避難 (35 条) の場合には、立法者は一正當にも—その危険は、必要であれば受忍されうるものであって、それ故、行為者は合法的な態度を選択することもできたはずである、—ということ、を、そもそも出発点としているのである。そうでなければ、立法者は 35 条 1 項 2 文の場合において合法的な行為とその危険の受忍を責任主義に違反し、要求することになってしまう。それでもなお立法者が、35 条 1 項 1 文によって原則的に処罰することを放棄するのは、(減少された) 責任が存在しているにもかかわらず、次のような理由から処罰を断念しているのである。その理由は、そのような例外的状況下では、彼が予防的処罰の必要性を 35 条 1 項 1 文の特別な場合に限り存在していると考えているからである。

4 それに対して、Hörnle/v.Hirsch は、35 条 1 項 2 文の理念を予防的処罰の必要性の欠如にではなく、「当該状況下で遂行された当罰的行為の結果として非難すること (Tadel) は、正当化されないのではなから

うか」という点に見出そうとしている。ただ、彼らは、35条1項2文がこの構想とほとんど一致しないことを自認している。また、非難性（Tadelhaftigkeit）を一貫して認めないことは、正当化事由を承認する結果に至らなければならない。他方、これとは異なり、Hirschは予防的処罰の必要性の欠如という点を引き合いに出すことに異論を唱えている。すなわち、「その差別化の背後には、人のグループ各の心理的負荷可能性の異なる程度が存在しており、おおよそ、未だ存在している責任の残りが、その取るに足らないもののために本質的に蚊帳の外に置かれてしまう」と。しかし、一体、35条1項2文によって、危険を「自ら惹起」した、或いは強制的に徴用された若い兵士が「特別な法的関係」にあったということが、それ故、他の人間よりも心理的に負荷可能であるといえるのであろうか？ また、それを認めるとしても、減少している責任を等閑視することは、処罰の必要性が欠けている点だけに基づいて可能なのである。最後にKindhäuserは、35条1項2文について次のように主張している。すなわち、「ここで問題となっているのは、人のグループ各の特別な心理的負荷可能性でもなければ、予防的処罰の必要性でもないと考えるべきである。緊急避難の要件の下では、むしろ一般的な法への忠誠が期待されているのではない。というのは、ここでは、特殊な遵法精神が原則的に優先的なものと見なされているからである」と。しかしながら、この特殊な遵法精神の優先化は、他方、また、予防的法益保護の必要性からのみ明らかにされるのである（詳しくは、第22章，Rn.11ff.,35ff）！ それに対して、Fristerは、35条1項2文の場合では免責による「社会共同体的に耐え難い結果」を理由として処罰されなければならない、という私によって主張された見解を、「本質的に全く正しい」として特徴づけている。無論、彼は、このことは「その決断の道徳的評価、それによる責任それ自体（そして、予防的観点の下に限らず）にとって直接的に有意味的」であると考えている。そこでは、拡張化された責任理解が基本に置かれており、それは責任の理解を本書のように「規範的対応可能性」にまで制限はしない。そのような社会倫理的評価は、本書では、積極的一般予防とそれによる「答責性」に取り込まれるので

ある。

5 この種の予防的特徴 (Einschläge) は、後に示されうるように、多かれ少なかれ全ての免責的事由 (より詳細には答責的阻却事由) の場合に際立っているのであるが、狭義の責任阻却事由 (帰責無能力、回避不能な禁止の錯誤) の場合にも証明されうる。それは、これまで、完全に無視されてきたわけではないが、学問的には軽視され、その独自性が見過ごされていたのである。その結果、伝統的に不法に続く犯罪の範疇は「責任」と特徴づけられたにすぎない。そこには、問題の狭歪化が存在している。というのは、責任が存在していても、刑罰が予防的に不可欠ではないと思われるところでは、立法者は刑罰を断念するのであるという認識は、答責性阻却事由の争いのない問題の解決にとって重要なことであるからである。また、刑法解釈学は、責任と予防的必要性を刑法上の答責性について同一の地位を占める条件として認めることによってのみ、刑罰目的論との関連を手中に収めることができるのである。今日では、責任と予防的必要性とが共同してのみ刑事制裁を発動するということは、認められている。

6 責任の欠如と並んで、予防的処罰の必要性の欠如も、答責性阻却に至るという認識は、この犯罪の範疇が、特別予防或いは一般予防上の必要性に関する学問上のあらゆる命題に備わる法的不安定性に身を委ねることを意味するわけではない。というのは、現行法を解釈する場合には、裁判官が彼固有の刑事政策的観念によって無罪の判断を可能にするという点が重要であるわけではなく、むしろ、法律の根底にある予防的観点の承認が探求されるべきであるからである。これは、現行法の解釈と刑法解釈学の継続的な形成に認められる裁量の余地よりも、広いその余地の扉を開くものではない。

7 また、責任主義の法治国家的保護作用も、予防的処罰必要性の要件によって損なわれることはない。本書で主張される見解によれば、刑罰は

責任を常に前提とする。それ故、如何に重大な予防的処罰の必要性があったとしても、責任主義と矛盾するような刑事制裁を正当化しえない。予防的処罰の必要性を可罰性の付加的な条件として認知するよう要請することは、端的に、刑法の介入からの更なる保護を意味する。それは、予防的な許容が責任主義によって全く限定されないことになるだけでなく、有責な態度を処罰する可能性も予防的不可欠性の要件によって制限されてしまうことによるからである。

8 前述されたことから明らかなように、刑法典上の責任概念は、答責性の全領域を包摂しているために、本書で用いられる概念よりも、広く把握されることになる。35条が、緊急避難行為者について、彼は「責任なく」行為していると述べるとき、次のことを意味している。すなわち、「（減少した）責任は存在するとしても、答責性はない」と。立法者が責任と答責性との区別を未だ知らなかったという点は、学術的用語法において、我々にこの本質と合致する、術語上区別することを妨げはしない。よって、例えば、33条が、行為者は「処罰されない」と述べているにすぎないといった事情もまた、答責性阻却の一例として、この規定を解釈するのに影響を及ぼしえないのと同様である。

9 本書で展開された構想に批判的な分析と議論を提供するのは、Hirschである。彼は次のように主張する。つまり、私の議論には、責任の独自の基礎づけが欠けており、「専ら、刑罰を正当化するものとして承認された予防・・・に遡ること」によって基礎づけられている。「しかし、それによつては、責任概念は要請された独自の限界づけ機能を予防の必要性に対しても果たすことができなくなる。なぜなら、責任概念は、その場合には、まさに予防の先取りそれ自体によって決定されているからである」と。けれども、これは私の理論のひどい曲解である。というのは、私は、一貫して責任を予防から解放し、「規範的対応可能性があるにもかかわらずなされた不法な行為」と規定し、そのことによって刑罰を責任主義の擁護者によるあらゆる帰結と何ら異なることなく限界づけているからで

ある。責任は、刑罰による侵害の限界づけ (Eingriffsbegrenzung) だけに資するにすぎないといった命題によって、責任は刑罰の本質部分を構成する前提条件であるということが否定されるものではない。ただ、争われているのは、応報は責任を正当化することのみであって、また、専ら責任だけが刑罰を基礎づけるということである。すなわち、責任は、刑罰の必要条件ではあるが、充分条件ではないのである。実り豊かな反対の立場をとろうとする者は、みなこれら 2 つの定言を、反駁しなければならない。このような理由から、私は、責任と予防的処罰の必要性を答責性という共通の屋根の下に結合することは、責任判断の段階に予防的考察をみだりに混入することになってしまうとする、Figueiredo Dias のいう懸念も正鵠を射ているとは思わない。というのは、2 つの要素は、明白に切り離されているのであって、互いに限界づけ合うべきであるからである (Rn.7 参照)。

## 第 2 節 心理的責任概念から規範的責任概念へ

10 「責任」という独立した犯罪の範疇は、不法と責任を切り離すことが刑法解釈学において達成されたときに、最初に形成されたものである (この点について、詳しくは、第 10 章, Rn.68ff.)。この区別は、犯罪の全客観的要素は不法に、そして全主観的要素は責任に組み込まれうるといった「古典的な」刑法体系を支配した思想に立脚している (詳しくは、第 7 章, Rn.12ff.)。この 19 世紀末葉の自然主義的思想は、全ての法概念を自然科学的に把握可能な経験上の所与に還元することを試みたものであって、この端緒から、今世紀の初頭まで支配した「心理的責任概念」を展開したのである。それによれば、責任は結果に対する行為者の主観的関連として理解された。責任形式とされたのは故意と過失であり、他方で、大部分の場合、帰責能力は「責任前提条件」或いは「処罰条件」として特徴づけられた。そのような心理的責任概念の周知の主張者は、一互いに多くの点に相違はあるけれども — v. Buri, v. List, Löffler、初期の著作における Kohlrausch、および Radbruch である。

11 心理的責任論は、今世紀初頭の10年の間に、今日でもなお支配的な規範的責任概念に取って代わられた。「この新たな見解に画期的な意味を与えたもの」は、1907年の「責任概念の構造について」と題するFrankの論文である。Frankは、承認が得られはじめている免責の緊急避難は心理的責任概念によっては説明することができない、という考察からはじめる。すなわち、「責任概念は、故意と過失の総体以上のものを包括しない。このことは、意識化された、それとも不注意な結果の招来の中にあるから、その責任が如何にして緊急避難によって阻却されうるかは、全く理解することができない。というのは、緊急避難状況の中で行為する者も、自分が行為したことは、何でも認識しているからである。彼に故意を認めないということは、端的に非論理的であることを意味する」と。Frankは、帰責能力は「責任条件」（つまり、故意或いは過失にとっての前提条件）であるという見解の不充分さをも強調する。「というのは、精神病者も行為を意欲しうるのであって、その際には行為を犯罪と烙印づける要素を表象しているどころか、彼は、その行為が犯罪であるということを認識しているからである」。よって、帰責能力は、「責任条件ではなく、責任の一部に属する」。更にFrankからは引き合いに出されなかったが、心理的責任概念に対して多くの論争の種になった点には、認識なき過失の場合には、結果に対する行為者の心理的関連を確定できないというものがある。よって、その責任概念に責任としての性格を追い求めようとするならば、別の責任概念が選択されなければならない。

12 Frankは、その検討から、責任は、単に結果に対する行為者の心理的関連のみならず、次のような3つの同等の「要素」から構成されると結論づけた。すなわち、1. 行為者の正常な精神状態、2. 行為との行為者の具体的心理的連関、或いはその可能性（故意または過失）、そして3. 行為者が行為する事情の正常性である。それらを統一的に結束するもの（Band）として、つまり、「個々の責任要素の簡潔な統合」として、Frankは、「非難可能性」という概念を見出した。すなわち、「責任とは非難可能性であ

る。・・・禁止された態度をとったことに基づいてその者を非難しうる場合に、その態度は、その者に責任があると評価される」。

13 規範的責任概念は、Goldschmidt の影響力によって更なる発展を遂げた。彼は、Frank によって詳細には基礎づけられなかった非難可能性を特別な「義務規範」の違反から導き出そうとした。外的な態度を要求し、その違反が違法性を基礎づける「法規範」の他に、「法秩序によって自己の外的態度に提示された要求と合致しうるために」、個々人に課せられ、「必要に応じて自己の内的態度を調整する」義務規範が「暗黙的に」存在する。けれども、免責事由、つまりは義務違反性が阻却される事例を引き合いに出しうる場合には、「義務規範は侵害されるが、有責には行為していないことになる」とする。彼は、これを基礎として、正当化事由と処罰阻却事由から限界づけた免責事由の指導思想 (Leitgedanken) を期待不可能性の中に見た。その後、Frank と Goldschmidt を基礎として、Freudenthal は回避不可能性という一般的な超法規的責任阻却事由を次のように展開した。すなわち、「通常、犯罪行為を行わないでおくことに何人にも期待しえないほどの抵抗力がかかるのであれば、可能性とともに非難が、非難とともに責任が欠如している」と。そのような期待不可能性という一般的な責任阻却事由は、なお今日においても、過失犯、不作為犯について依然として認められているが、故意犯の場合には当初の種々の賛同にもかかわらずそれと結びつく法的不安定性の故に、結局は定着していない (詳しくは第 24 章, Rn.115ff. 参照)。

14 規範的責任概念は目的的行為論によって更なる修正を経験する。この理論は、故意と、過失犯の場合の客観的注意義務違反を既に構成要件段階に位置づけ、それによって、心理的責任概念にとって唯一無二の内容を形成した要素を責任からまさに本質的に取り去った。非難可能性の 3 つの「要素」として考えられたものは、いまや帰責能力、不法の意識の可能性、(現行の 17 条)、および合規範的態度の期待可能性だけにすぎない (それは、33 条、35 条の場合に欠如する)。この変更は、なるほ



ど、専ら目的的行為論および目的的不法論によって導入されたのではあるが、このような方法論によって、規範的責任概念ははじめて実際的に一貫して成し遂げられるといった定言によっても支持されている。というのは、主観的要素（評価の客体）は、このように責任概念から切り離され、「非難可能性の基準（客体の評価）が、端的に」そこに残るからである。Maurach/Zipf は、Frank と Goldschmidt によって展開された見解を「複合的責任概念」と呼んだ。なぜなら、その概念は心理的要素と価値的要素とを同時に含んでいることによって、「責任を純粋な価値判断として把握すること」ができないからである。これは目的的行為論によってはじめて成功したものとされる。

### 第3節 規範的責任概念の批判について

15 規範的責任概念は、不法に連結する犯罪の範疇の場合には、義務違反と比較して行為事情とは異なる種類の評価が問題なのであり、単なる心理的事情が問題なのではないという点に限っては正当である。それは心理的責任概念に対する長足の進歩を意味する。しかしながら、非難可能性の概念は、端的に責任に方向づけるという理由で、そこでなすべき評価の性質（Art）しか把握していない。その評価は、端的に、行為者に対して（責任）非難を唱えうるのかどうかということが問題となっているわけではなく、むしろ、それは、法的観点の下で、自己の態度について答責的たりうるのかどうかという判断なのである。非難可能性は必要な条件ではあるが、いまだ答責性の十分な条件ではない。よって、予防的制裁の必要性は更に付け加わるものがなければならない（Rn.3 ff. 参照）。かくして、例えば、過剰防衛（33 条）は、20 条の条件が存在していない限りにおいて有責であるし、それにより非難可能である。しかしながら、それにもかかわらず、行為者は答責的たりえない。その理由は、立法者は無力性情動（asthenischen Affekten）の場合に正当防衛の逸脱には刑罰で対応する必要があるとは見なしていないからである。それ故、規範的責任概念は、規範的答責性概念へと更に展開しなければならない。

16 解明を必要とするのは、同じく規範的答責性概念における評価と評価される客体との関係である。というのは、故意を責任から取り去って構成要件に故意をあてがうということによって「純粋な価値判断」をなすという見解は、完全に間違っているからである。不法の事実と不法の判断は区別されなければならないのであって、「不法」は評価の対象をその評価の賓辞を含めて示すということと全く同じ方法論で、答責性の事実と答責性の判断の区別を認め、「答責的行為」は評価と評価の客体の総体として理解されなければならない。狭義の答責性の事実には属するものは、不法を超えて答責性を決定する一切の事情である。これは、行為者の心理状態のように、一部は主観的要素であり、一部は客観的要素なのであって、行為者の現実的或いは潜在的な不法の意識、及び免責的状况の欠如なのである。広義の答責性の事実には、構成要件の不法も属する。なぜなら、構成要件の不法は、行為者が答責的とされる全体的行為であるからである。従って、全不法要素は、間接的には責任及び答責性の基準でもある。故意は構成要件の或いは責任のいずれに位置づけられるのかという問は、それ故、端的に、故意は広義の答責性の事実或いは狭義のそれに属するのかどうかということについて決断することなのである。

17 「答責性」という術語が特徴づけるものは、非難可能性のそれと同様に（或いは不法と関連する違法性と同様に）、語の厳格な意味では評価の賓辞だけなのであって、評価された事実それ自体なのではない。しかしながら、通例、この概念の場合、文脈がそれを必要とするところでは、答責性の事実をその概念の中に取り込むことが可能である。その結果、「答責性」は、答責的行為として理解されうるのである。

#### 第 4 節 刑法における責任の内容の確定（実体的責任概念）

18 また、本書で支持された見解に従っても、責任は（唯一のものではないが）刑法上の答責性の決定的な条件である。可罰性が行為者の責任

に左右されるという場合、それは、国家的刑罰権（特に、公的な予防の必要性）に限界を設定するという目的をもつ。そのような法治国家的な根拠からの限界づけが、なぜ純粋な予防目的を目指した構想よりも優先するのかという理由は、刑罰論を論じた際に既述した（詳しくは、第3章，Rn.48 – 54ff）。

19 責任主義がこの任務を果たしうるのかどうか、そしてどの程度果たしうるのかという点については、責任の概念を内容的にどのように確定するのかということに左右される。規範的責任概念は、有責な行為は「非難可能で」なければならないということを、述べるにすぎない。しかし、その概念は、あらゆる点で形式的なものであって、非難可能性は如何なる内容上の条件に依拠するのかという問には、答えていない。これは、実質的責任概念への問である。その問は、規範的責任概念の支持者に従っても、異なった形で回答が与えられている。以下では、今日（種々に異なつて）互いに対立する最も重要な5つの見解を検討する（1 – 5）。とりわけ、社会学的、心理学的な前提の下に再三再四主張されている、急進的な責任主義否定論との簡潔な議論が加えられなければならない（6）。

#### 一、「他行為可能性」としての責任

20 「永い法律学的哲学的伝統を手本として」、責任の内容は、伝統的に、「人間が自己の違法な意思形成について、『それに対する能力を有すること』（Dafür – Können）」と定義される。「責任は、・・・行為者が違法な行為をしないこともできたにもかかわらず、それをなしたという、行為者に対する人的非難を基礎づけるのである」。この見解はBGHにも採用された。すなわち、「責任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に非難が加えられる。それは、彼は適法に振る舞い、法の側に立った決断をすることができたのにもかかわらず、適法に振る舞うことをせず、不法の側に立った決断をしたからである。その責任非難の内的根拠は、人間は、自由で答責的で道義的な自己決定を身につけており、それ故法の側に立ち、不法に反する決断をなしうるという能力が与えら

れているという点にあるのである・・・」と。

21 しかしながら、この見解は、日常的に用いられる理論として首肯されるにもかかわらず、支持しえない。その見解が、意思の自由という証明不可能な前提に基づいているという点は、なお甘受しうる。というのは、その見解は、その信奉者が、今日、相対的に狭い領域で意思の自由を主張しているに過ぎず、しかも、次のような理由が出発点とされている仮説であるからである。つまり、それは、厳格な決定論は、経験上立証不可能であって、その上実践的にも貫徹できないからである。けれども、この理論は、理論的に思考可能な決意の自由を前提とするのではあるが、行為時の個別的行為者の他行為可能性を科学的に確定するのに適していないのである。この事実は議論の余地のないところであって、この点でこの理論は挫折しているのである。Bockelmann は、「精神的に健全な人間は自由に行為することが可能であり、精神病の本質はまさに自由に選択するということの解消にある」という承認を、「むしろ馬鹿げている」と述べている。これは、誇張しすぎているかもしれないが、いずれにしても、次の点は妥当している。すなわち、原則的に確定されえない経験的な判断が責任を承認する前提とされるならば、「疑わしきは被告人の利益に」という命題に従って、常に不処罰に至らなければならないからである。その場合には、責任刑法は無力に帰することになるのではなかろうか。

22 他行為可能性の主張者は、個々の行為者の可能性ではなく、「経験に即して付与された平均人の可能性」とか「大部分の人間の能力」に照準を合わせることによって、前述の帰結を免れようとしている。その場合、「個人に対する責任非難」は次のように定式化されている。すなわち、「同様の状況下における我々の経験に従えば、自己の立場にある他人が、自己に欠如していたかもしれない意思力を緊張させた場合に、具体的な事情下で他の行為をなしたのであれば、その意味で行為者は自己の置かれた状況下でそれとは別に行為することが可能であったのではなかろう

か」と。しかしながら、非決定論の立場からは、個々人に対する道徳的非難を、他の人間はおそらく有していたが、行為者には全く欠如していたという能力に依拠させることはできない！ その結論は、非論理的のみならず、行為者自身には自由な決断が可能でなければならないという出発点をも放棄することになる。

## 二、法的に非難される心情としての責任

23 Gallas によって基礎づけられた理論に従えば、責任は「その行為の中に表れた、法的に非難された心情を考慮した行為の非難可能性」である。その理論に従えば、不法と責任との相違は、行為の「行為無価値と心情無価値との間の」相違である。責任の領域内で一般化され、社会倫理的価値基準に方向づけられた考察をなす場合、無価値判断は、具体的な行為下で現実化された「法の要求に対する行為者の全内心情（Gesamteinstellung）」について下される。それに従うのは、Jescheck/Weigend（法的に欠如した心情）及び Wessels（法的非難に値する心情、問題のある行為者の内心情（Einstellung））である。

24 この見解に対しては、非難可能性の形式的性格の把握から本質的には進展するものでないという反論が加えられるべきである。というのは、この見解は、行為者の心情が、なぜ法的に非難されるのかという点についての標準を与えていないからである。法的に非難される心情は、立法者が非難をなし、可罰性を肯定すれば、直ちに承認されることになる。もちろん、Gallas は、心情無価値は原則的に行為無価値によって与えられ、故意の遂行にもかかわらず行為者に可能性が欠けているときに限って、それが欠如するという立場をとっている。そうすることで、なるほど、彼は内容的要素について述べてはいる。しかし、それは、他行為可能性と同義であって、それに対して加えられた批判と同様の批判に晒される。それは別としても、責任を肯定する・否定するということは、多くの場合、問題のある心情、あるいは問題のない心情というものでは、ほとんど明らかにされえない。というのは、認識なき過失の場合では、意識的な内

心事情を前提とする行為者の心情は、反価値的なものには向けられていないからである。反対に、性的殺人者は、制御能力が欠けているために 20 条によって不処罰にされなければならない場合であっても、極端に低劣な心情を明らかにしうるからである。

25 独自の特徴を有するのは、Schmidhäuser による心情責任の理論である。彼にとって、責任とは、「不法な個別行為心情」である。ただ、彼は、Gallas やその門下生とは異なり、その基準の内容的定義を与えている。すなわち、「刑法上の責任は法益を侵害する精神的態度である・・・。それは、行為者は、「精神的に価値と密接な関係に立っていた」のにもかかわらず、「自己の意思的な態度によって法益を侵害するだけでなく、その精神的な態度においても侵害した、つまり、行為者はその法益の侵害に真摯に対応しなかった」、と主張するのである。Schmidhäuser は、意思の自由の間についての立場を明示的に未決定としているが、それは哲学的意味における意思の自由の間については、これを確定することによって、立場が明らかにされうるわけではないからである。特に、それによって、当該行為者が、その者として、そもそもこの行為状況において侵害された価値を重大なものと考えてはいなかったかどうかという問は、肯定も否定もされえない。我々は、侵害された価値と行為者との精神的接触を行為時に、且つこの意味においてまさに精神的な価値違反を確定するということで満足しなければならない。

26 有責な認識なき過失の場合には、「侵害された価値との精神的に密接な関係」が欠如しているという異議に対して、Schmidhäuser は、行為者は、「認識がない場合にも、それぞれの侵害された価値に対し人格として行為時に意のままに対応可能である」と答えている。この「自由な対応可能性」は、本書で責任に決定的であると見なされている「規範的対応可能性」の思想に近似しており、その意味において、この回答は、含蓄に富むものである (Rn.36ff. 参照)。しかしながら、「精神的に密接な関係」及び「精神的態度における真摯でない対応」の概念では、場合によっては

この趣旨が不幸にも特徴づけられているとはいえない。というのは、どのように「精神的態度において」認識なく真摯に対応できたのであろうか？ と問えるからである。しかし、精神的対応或いはそうではない対応は内的な態度決定を前提とし、何かに対して態度決定するという知識をも前提とする！ ただ、他方で、行為の不法を理解しているが「この理解に従って行為する」という能力を有しない精神病者には、責任がないのにもかかわらず、「精神的に密接な関係」は欠如していない。それとは反対に Schmidhäuser は、「そのような場合には、我々は行為者を、自己の行為が侵害された法益に対する不真摯な対応に基づくものと理解するわけではない」とする。確かに、不法な行為は「侵害された法益に対する真摯な対応」にもかかわらず、行為者が他行為をなしえないということに基づいている！ しかしながら、反対に、それによって、他行為が可能であり、精神的態度において法益への真摯な対応が欠けていない場合には、責任非難の根拠となるのである。また、Schmidhäuser の理論も、それ故、心情基準に対して原則的に加えられている懸念を打ち消してはいない。

### 三．自己の性格に対する保障義務としての責任

27 この理論は、決定論的基礎に基づいて、各人が自己の行為を決断させるに至った特性に対して、自己がそのように存在すること（So-Sein）に対して、無条件に答責的であるという点を出発点とする。その最も著名な哲学的始祖が Schopenhauer である。それによれば、あらゆる行為者は、「自己が別人であった場合にのみ、完全に別の行為が・・・十分に可能であり、それをなすこともできたであろうということ。すなわち、それのみが問題なのである。彼には、彼が彼自身であって、他人ではないのであるから、彼がまさにそのような性格を有したために、他の行為は可能ではなかったのである。ただ、彼自身にとって・・・不可能であったのである。彼が意識化している答責性は、その場合、まず、端的に・・・行為に、根底においては、彼の性格に関係しているのである。その性格に彼は答責的であると感じ、他人もその性格に彼を答責であるとする・・・のである」と知っている。

28 また、このような見解は、刑法でも多くの支持者を有している。Heinitz は「如何なる多様な理由でそうなったのかという点は顧慮しないで、そのようであることについて、人は生活の中で責任を負う」といつている。Dohna は、「誰もが自分の行いについて責任を負わなければならないということは、善であろうと悪であろうとも、彼がそうあるということが人間に償いをさせる、自己の人格の発露である限りにおいて、社会的存在の根本原則である」と述べている。また、Engisch 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導き出している。すなわち、「性格責任は、特別な性質を有する、性格への影響を課し、引き受けさせることによって調整される」と。Figueiredo Dias は、責任を、「不法構成要件の遂行がその基礎である人格の保障義務」と特徴づけている。それは、行為者は、「彼が、實際上、刑法的価値に反する人格の特性—この意味において、責めに値する人格—を表現した場合に」有責である、というものである。

29 この種の理論に対する最も自然な異議は、自己が何もしえないことは無責であるという所与—自己の責任の素質—に対して、誰もが責任を認めることは背理であるということである。この理論の主張者は、前述の難点を形而上学的な構想で部分的にとりなしている。かくして、Schopenhauer は、完全に決定された経験上の性格の背後に、自由な選択の中で自己決定する叡智的な性格を見ている。だが、Figueiredo Dias は、同様に実存主義的に修正された形態で、「人間は自分自身で決断する。その決断によって自己の存在を生み出し、或いは自己の本質を確立するのである」とする「基本的選択」を採用する。しかしながら、そのような仮定は、行為時における他行為可能性と同様に証明することができないものであって、それ故、哲学的信仰の事柄であったとしても、経験的、合理的な刑法の構想の基礎に資することはできない。

30 自己の存在状態への保障義務を宣言する責任の構想を擁護するため



のより望ましい道は、行為者に対する応報と道徳的非難を完全に放棄し、刑法を予防目的に限定して、責任をよりいっそう社会的な責め（Haftung）の意味において理解することが良い。その条件を「責任」とし、そのような法的効果をなお「刑罰」と特徴づけることが許されるかどうかは、より多くの術語上の問題であろう。

31 そのような理論に対する徹底した疑念は、それが、この理論が責任原理をその法政策的な実体の点でも、次のように、その内部から破壊していることである。つまり、精神病者やその他の帰責無能力者は、自己にとって所与の存在者としての性状に従って行為しているにすぎないのに、なぜ有責に行為しているとはいえないのかという理由を納得させられないのである。Engisch は、児童、精神病者或いは酩酊者の場合には、行為は自己の人格の表現でもないのか、若しくは「刑罰が作用することに相応しいと証明されない人格の表現にすぎないのかの、いずれかである」、といている。第二の場合は、行為と人格の関連を疑うことのできない、とりわけ、「答責的でない児童及び少年の場合」に当てはまるという。しかしながら、第一の場合では、全ての経験的な現象を厳格に分類するならば、行為者の現実の態度に表現されていない「人格」などというものを形成することなどできない。そして、帰責無能力者の行為がその人格の表現であるという第二の場合では、この理論によれば、刑罰は、概して、責任ではなく（それは肯定されるであろうが）、むしろ純粋な合目的性に依拠されるとするのである。Engisch は、実際、「犯罪的態度が性格に根ざしている、そのような精神病質者の場合」にも、これが合目的的であるならば、不可罰を予め考慮しようとする。しかし、彼は、「そのことが有益であると証明される限りにおいて、精神病質者に対しても減輕なき刑罰を科すべきであり、且つそれが許される」という思考にも同様に反対しない。ただ、これは、まさに責任主義の保護効果が実証されるどころでは、その効果を純粋な特別予防に身を委ねてしまうことを意味する。また、どのように一般予防上の処罰要求を性格責任の原理の助けを借りて限界を設定しうるのかという点についても、明らかにして

いない。

32 Figueiredo Dias は、Engisch よりも更に明白に、「心理的異常疾病者についても本人なりの自己実現の原理が承認される。心理的異常はその人格原理を破壊するものではない・・・」と強調する。けれども、Dias は、倫理的に基礎づけられた責任は、裁判官と被告人との間の「人的な意思伝達」という活動を要求するから、不処罰であるとする。そして、その意志伝達は、行為者の人格が「裁判官の、被告人を理解しようとする考察自体に」心を開かない場合には、欠如する。責任無能力の場合に重要なのは、「責任阻却事由なのではなく、むしろ責任を確定するための事実的障害事由である」。しかしながら、裁判官と被告人の間の人的な意思伝達という要件によって、この責任の構想の端緒には含まれていない、しかも確証もない付加的な基準が取り込まれている。というのは、責任と刑罰は、それぞれの裁判官の、必然的に差のある理解可能性に依拠しているのではなく、むしろ客観的に確定可能でなければならないからである。また、責任無能力の全ての事例において、行為者の人格が裁判官の理解に完全に心を閉ざしてしまっているともいえない。未だ責任能力のない少年でも、人格的な意思伝達はあらゆる点で可能であるし、責任能力のない成人であっても、欠陥状態が行為の客観的な分別の欠損性 (Sinnlosigkeit) 或いは理解不能性 (Unfaßbarkeit) に至るのではなく、抑制能力の欠如という中にその理由があるならば、その伝達は成立しうるのである。かくして、性格責任の原則は、ここでも、責任無能力の問題で挫折する。

#### 四. 一般予防の必要性によって付与されたもの (Zuschreibung) としての責任

33 システム論の構想 (Luhmann) を手本として、Jakobs は、責任を一般的予防的に付与されたもの (Zuschreibung) と理解する「機能的責任概念」を展開した。Jakobs にとって、「責任は合目的決定」である。すなわち、「目的だけが責任概念に内容を与える」のである。この目的を彼は一般予防に見ており、「一般予防は威嚇の意味にではなく、遵法精神の修

練という意味に」理解している。「責任を司り決定する目的」は、「犯罪的態度によって乱された秩序への信頼の安定化である」。従って、責任の付与及びそれに結び付けられた処罰化によって、規範の正当性への信頼の正当性が実証されるべきである。犯罪行為は法共同体の期待を裏切るものであり、そして、「裏切りは、その裏切りではなく、その裏切りをなした態度が誤りであると指摘されることによって、補われる」。すなわち、有責なものを見なされ、処罰されるのである。この期待と裏切りという衝突が、他の方法で処理される機会が与えられるような場合にはじめて、免責を論じる価値があるのである。例として、彼が引き合いに出すのは次のようなものである。すなわち、「例えば、医療が情動状態の行為者の治療の方策を示すことに成功した後に、はじめて彼について免責を論じる価値がある」のである。それ故、責任能力は与えられていたりそうでなかったりするものではないのであるから、経験的に探求しようといった何かではないのである。むしろ、それが合目的的であるときに、自律性が能力として付与され、他の方法によるこの衝突の処理が可能である場合にのみ、その能力の欠如が許されると考えられるべきなのである。

34 この理論には、とりわけ、一般予防を考慮することによって責任主義の可罰性限定機能が放棄されているという点に難点がある。個人の可罰性は、彼個人の事情にではなく、遵法精神への市民の修練、その法秩序への信頼の安定化のために必要であるという誤解に向けられているのである。このことは、Jakobs が、自己の制御能力が完全に失われている情動行為者をも、彼の疾病の有効な治療方法が認められていない限り、有責なものとして判断して処罰しようとする場合に、明白となる。類似するものとして Jakobs が主張するのは、累犯の場合である。彼は、累犯には遵法能力がほとんど存在しないということを無条件に認めながらも、社会共同体の理由から端的にこれを無視している。彼は次のように主張する。すなわち、「強度の犯罪性が、寛大に評価される場合であっても、容認されてはいないのであるから、以前の行為によってもたらされた遵法の困難性は行為者の事柄のままであり、それ故、責任は減少することは

ない」と。

35 社会共同体の安定化の利益の道具として利用しているにすぎないとして、そのように個人を手段化することを、Kant は人間の尊厳に対する違反として非難した。すなわち、「人間は、他人の意図のための単なる手段として扱われたり、物権法の対象物へと混同されてはならない。そのような混同に対しては、人間に備わっている人格が彼を保護する」と。今や、人間の尊厳は（まさに Kant の意味においても）、基本法 1 条において「不可侵」と明言されているが故に、Jakobs が主張する理論は、憲法に基礎づけられた疑念に遭遇するのである。これに加えて、我々は、何が「法秩序への信頼の安定化」に必要であるのか、そして如何なるときに処罰化なくして秩序の混乱が「他の手段によって処理」されうるのかという点を探求するための基準をもっていないのである。それにより、責任の下で何を理解しうるかは、立法者或いは裁判官の評価と揺れ動く不確実性に身を委ねることになる。最後に、純粋な一般予防的に志向された刑法の構想は、まさにこの志向によって予防的効果をはじめから破壊する、或いは減少することがないのかどうかという点も問われることになる。刑罰の有無とその程度は、如何なる内心事情で行為をなしたのかという点によってではなく、秩序への信頼の回復について裁判官に必要と思われる点によって左右されるということ、そして、責任は、例えば、適切な治療機関が存在すれば否定されるが、それが無い場合には肯定されるというようなことが、全国民に知れ渡った時には、動揺が喚起され、そのシステムはほぼ安定化しえなくなるからである。というのは、自己の責任の肯定と否定が、場合によって彼自身ではなく、自己とは関わり合う必要のない要因に左右され、その結果、人がそれぞれの事情による玩弄物になるということを口にしなければならぬとすれば、それは、国民の秩序への信頼に有益なものたりえないからである。

## 五、規範的に対応可能な不法行為としての責任

36 本書で主張された観点からは、責任は、規範的に対応可能であった

にもかかわらず、不法な行為をしたこととして理解される。それによれば、行為者の責任が肯定されるのは、行為の際に、自己の精神的及び心的状態に従って規範の呼び掛けに応じた、自己にとって「規範に方向づけられた態度を決断する可能性」が心理的に（未だ）到達可能であった場合、大抵の状況では健全な成人に与えられている（自由なものであれ、決定されたものであれ）心理的な制御可能性が具体的な事案において存在していた場合である。その限りにおいて重要なのは、証明不可能な仮説なのではなく、むしろ経験科学上の所見なのである。というのは、心理学や精神医学は、「その基準によって、自己制御能力の減退が経験的に追認され、その重さにおいて序列づけられる」ような判断を更に展開しているからである。

37 この規範的対応可能性が与えられている場合、我々は、それを意思の自由の意味において証明しえなくても、且つ証明しようとせずとも、行為者は規範に適合して振舞い、有責となる能力をも有しているということを前提とすることができる。たとえ、行為者が原則的に心理的に受け入れ易い態度の選択をもっていなかった場合であってもである。非決定論者はこの自由の承認を経験的に適切であるとしている。しかしながら、それは知ることができないと宣言する不可知論者（著者はこの点において認める）及び決定論者も同様にそれを受け入れうることになる。というのは、その承認は、行為者が实际的に他の行為をなしえたということを一まさに我々には知りえないことであるが一意味するのではなく、むしろ完全な制御可能性がある場合に、それによって与えられた規範的対応可能性があれば、自由なものとして扱われるにすぎないということを意味するからである。自由の承認は、その限りにおいて「規範的な設定」であり、社会の競技ルールなのであって、そのルールでは、社会公共的価値は意思の自由の認識論的及び自然科学的な問題に左右されないのである。法における自由とは、平等というものと同じ関係に立っている。法秩序があらゆる人間の平等を出発点とする場合に、人間は事実的にみな平等であるといった無意味な命題を立てるわけではなく、むしろ人間は法の前

では平等な取り扱いを受けるべきであるということを命じるのである。

38 それに対して、Frister は、制御能力或いは規範的対応可能性は意思の自由から区別しようと反論している。これらの概念が、前述で行われたように用いられるならば、これは十分に可能である。完全に帰責能力のある本書のどの読者も、生活の規範的状况において、正当にも、規範的に対応可能であり、制御能力があるとみなされるであろう。むしろ読者は、そのことをテストで確かめることができる。ただ、その意思の自由について、テストでもってしても何もいうことができない。その根本的な可能性は個人の心理的能力からは独立したものである。他方で、あらゆる者は自己観察によって、高度の情動或いはアルコールの影響下では規範的対応可能性（弁別能力と制御能力）はどのように衰えるのか確定しうる。Frister 自身、帰責能力を、一般的に我々の社会共同体で到達可能な分別の水準の背後で無意味であるとして置き去りにされている、何らかの方法で自ら決断するという人間の特性として、そして十分に分別された構造をもった意思形成として理解している。これは確かに類似の結論に至る。というのは、規範的対応可能性はこの種の分別の水準を条件とするからである。が、しかし、「意味のある」とか「充分な」というような限界要素は未だ漠然の域を越えていない。

39 本書で主張された見解は、刑法は意思の自由の哲学的及び自然科学的論争の中での態度決定を留保するというものであるが、これは通説であると見なすことが許される。Lackner は、見通すことができないほどの文献を「現在の科学の水準によれば、一定の状況における一定の行為を回避する一定の人間の能力について科学的に検証可能な命題を許す方法は、存在しないし、蓋然的にも決して与えられてないであろう」と明確に要約している。これは、「今日、もはや疑問視さえもされていない」と。

40 それにもかかわらず、自由の承認は経験的な所与に依拠せず、決定論者および非決定論者にとっても同様に受け入れ可能な規範的枠づ

けであるという私の定言は、非決定論の側からの痛烈な反論を受けた。Dreher は、刑法にとって自由の問題性は、避けて通ることのできない間なのであって、事態の帰趨を左右する決定的な間以外の何ものでもない、と考える。自由と答責性は「人間共存の不可欠の要素である……。我々は自己によって経験されたものとは異なった現実をもってはいないのであるから、その原理は観念的な証明も経験的なそれをも必要とはしない。それは、むしろ証明可能な領域の外に位置している」とする。Griffel は、自由と責任は法的な調整原理にすぎないのではなく、むしろ存在命題（Seinsaussagen）に基づくものであると解している。それは、「自己の良心や共同体に先立って間主体的に（intersubjektiv）承認される、合理的に基礎づけ可能な有意義的な認識の決定として正当化される」。意思の自由は……「個別的事案において、特別の事情がない限り、事実的に与えられていると仮定することに対しては、理由のある異議は存在しない」。自由は「拒否することのできない……内的な経験……である。ただ、この結論が場合によっては間違っているのかどうかは、経験的には確定しえない」。自由が「厳密な科学の意味における証明に到達できないのは、およそ人間の『尊厳』についてそうでないことと同じである……」。Schünemann にとって、意思の自由は、「単なる生物学的・物理学的な事実なのではなくて、むしろ、いわゆる現実の社会を再構成したものの一部であって、西洋文化の最小限の特別な根本的階層に属する……」。それは、「我々の社会のコミュニケーションの根本構造の中で設定され、それ故に、既に社会的な現実なのである……」。Arthur Kaufmann は、「人間は具体的状況において自由に決断し自由に行為するのかどうかということは、実際的に厳密には証明可能ではない」という点から出発する。しかし、「概して自由は原則的に疑いえない。というのは、人間の生存にかかわる自由は……とどのつまり、精神的な自己決定の能力と一致しているからである……」。

41 これら全ての見解は、私には、その主張者自身が理解していることに反して、ここで主張された観点を反証するものというよりも、むしろ

証明するものであると思われる。というのは、私見の反対論者達は、意思の自由を経験的に証明可能なものと見なしてはいないからである。ただ、彼らが自由の承認について、力点を変えながら持ち出している点は、私もとうの昔に述べている。すなわち、「心理的な制御能力を一定の状況下で（未だ）保っている人間は自由に行為するという、規範的な枠づけについて、我々は正当であると感じている。その理由は、通常人の偏見をもたない自己理解がこの自由の意識に基づくからであり、人間の社会生活の有意義的な秩序は自由の相互承認なくしては不可能であるからである」。それ故、刑法は、自由の意思は厳密には証明不可能であるにもかかわらず、これを出発点としなければならないということでもこれらの見解との間で一致を見ている。唯一異なるのは、決定論者或いは非決定論者がそのような観点を採用することはできないし、許されないはずだと反対論者たちが考えているという一事にある。意思の自由を法的規制の基礎とするためには、むしろ、それを信じて「公言」しなければならないという。けれども、そのような要求は、学問的には可能でもないし必要でもないのである。

42 責任は、本書で支持された見解では、混合された経験的、規範的所与である。この間を経験的に確定しうるのは、自己制御に対する原則的な能力であり、それによって与えられた規範的対応可能性である（それによれば、この対応可能性の限界領域には価値判断が流入せざるをえないという点是否定されないが、ただ、これは全ての法概念もそうである）。それに対して、規範的に書き加えられるのは、一いづれにしても、非決定論の立場に拘束されることを望まない者によって—このような見解から導き出された合法的態度についての可能性である。事実的な他行為可能性の間は回答不可能であるという点から出発するのであれば、無論、そのような責任概念は、応報と道徳的非難を行為者に課することの正当化には相応しくない。この責任概念は、社会的に誤った態度に対する刑法的負責の必然性を根拠づけるにすぎないのであって、純粋な予防法に基づけば可能であろう、過度の介入から保護するのである。しかしながら、



その責任概念は「他行為可能性」（前述 Rn.20ff.）という従来の概念から司法上獲得可能な全てを取り込んでいる。その限りにおいて、その概念は、非決定論者の観点からも受け入れられる。これは、いずれにしても刑事政策的に問題のある応報と道徳的非難とを必然的に結びつけるものではない。

43 その他の点では、この責任概念の長所は、刑法を社会的に、絶対的に不可欠なものに限定しているという見解を正しいとする点にある。利益社会における法的平和と法的安定性は、人間には、禁止と命令によって、原則的に、違法な態度をとるためのきっかけが与えられるという期待から生じる。その点から、ある者が刑法に違反する場合には、それは一般の法意識の動揺をもたらす（それによって、平和と安定性が損なわれる）。他方で、規範が行為者の処罰化によってその妥当性を自ら主張する場合には、その動揺が除去される。犯罪というものが、例外なく処罰されない状態が続くのであれば、規範はその動機づけの力を失うであろうし、共同社会はますます無秩序に陥るであろう。そこから、人間は法律によって動機づけ可能であったという仮定が、彼の精神的・心的な特性或いは当該事情からは基礎づけられていないところでは、刑法の介入は必要でもなければ相応しくもないという結論がえられる。そのような事情にあるのは、精神的或いは心的に病んでおり、その動機づけの能力が重度の異常をきたしている者、同様に未成熟の者或いは規範の認識に到達しえなかった者である。これらの者には、一般的に、規範に従うことを期待しえない。彼らが法律に違反する場合には、社会的な期待は裏切られることはなく、一般の法意識も動揺することはない。誰も模倣の気を起こすこともない。なぜなら、規範の妥当性は、そのような行為によって公には減少させられるものではないからである。

44 本書で主張された責任概念は、それ故、刑罰の社会的正当化を拠り所にし、その限りにおいては、性格責任の多くの支持者の理論（Rn.27ff.）及び Jakobs の機能的責任概念（Rn.33ff.）に類似する。ただ、この責任概

念は、これら二者のもの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擁護するものである。というのは、責任は、漠然的且つ変動的、現実的或いは推定的な特別予防的・一般予防的な必要性ではなく、行為者の制御能力と、国家的刑罰権を限界づける、原則的に経験上確定可能な基準に依拠するのである。衝動行為者・情動行為者或いは精神病患者が、行為の際に規範の呼び掛けをおよそ受け入れる状態になかった場合には、彼は不処罰とされなければならない。法の侵害者には刑罰によって働きかけ、それによって市民を遵法精神へと修練するという、それ自体正当な国家的要求は、それが社会共同体的に耐えられるのであれば、個人の自由のために終えられることになる (Rn.43 参照)。実際的に、危険ではあるが責任のない行為者からの保護に対して国家的反作用が届かないところでは、ある補足的な理由づけと保安処分が必要とされる。ただ、それは責任概念に効果を及ぼすものではない。

45 個人的に可能なものとしての責任は「国家的に必要な擬制」であるとする、しばしば引用される Kohlrausch の言葉は、それ故、修正される必要がある。責任刑法は、決して「国家に必要」なのではない。というのは、国家の予防目的は純粋な保安処分によって何ら支障なく追求されているからである。責任は、むしろ反対に国家の刑罰過剰への反対を指向する、「自由を保障する」仮定なのである。責任主義は、市民に負担を課すものではなく（なぜなら、予防の必要性は責任との結びつきには全く左右されることなく、達成されるからである）、むしろ彼らを保護するものである。責任主義は、予防目的の追求を法治国家に限界づけることによって、合理的な刑事政策にも資するものなのである。

46 Kindhäuser は責任を「遵法精神の欠如」と理解している。彼は、このことを法妥当説から導き出している。それによれば、民主主義的規範を正当化する拘束効果は、「意思伝達の忠誠」、すなわち遵法精神に基づき、且つこれの助力を必要とするのである。責任は、「遵法精神の欠如によって一それ故、法の形式による意思伝達をそもそも可能にする意思伝

達に対する忠誠の欠損である」。更に、「責任の本質的根拠は・・・、規範について個人が意思伝達に共同参加する能力」と認められ、その結果、意思伝達能力の欠損は責任阻却事由の効果が生じることになる。そのような結論は、本書で主張された、責任は規範的対応可能性があるのにもかかわらずなされた不法な行為であるという見解に、極めて近似する。無論、私には、Kindhäuserによって用いられた法理論的述語は、刑法上の責任の特徴と必ずしも全て合致するものではないと思われるのである。實際上、認識なき過失の行為者及び禁止の錯誤における行為者は、「遵法的」ではないし、「意思伝達の忠誠」が欠けていると言えるのか？ また、答責性の予防上の構成要素も Kindhäuser の構想では、ほとんど考慮されていないのである（前述 Rn.4 参照）。

## 六. 責任主義の反対者

47 責任主義は刑法には無用であるとされ、一切認めないとされることも稀ではない。ただ、この批難は、大抵の場合には、責任に基づく応報刑法に、責任判断ないしは非決定論から導かれた道徳的非難に向けられており、本書の観点にかなうものではない。責任概念の任務を支持する Baumann は、むしろこれを次のような規範的対応可能性の概念で代替しようとしている。すなわち、「それによれば、刑事法的干渉のための条件の設定は、人格関係的な核心においても、もはや形而上学的基礎には依拠していないのである。というのは、規範的対応可能性は、他行為可能性とは反対の意味で、極めて複合的とはいえ、人間の経験的特性であるからである。それは、意思の自由に関する思弁に一切依拠しない一定可能な内実を有するのである」。ただ、その場合には、規範的に対応可能であるにもかかわらず不法を実現したことを「責任」と呼ぶのかどうかという純粹に術語上の間に辿り着く。それに対して Kargel は、私見によれば、対応可能性は端的に仮定されているだけである。従って、「あたかも自由であるかのように」の側に、それに劣らず擬制的な「あたかも動機づけ可能かのように」の側が、加わったにすぎないと主張する。しかしながら、これは間違っている。規範的対応可能性は、まさに経験的に検証可能な

方法で確定することが重要なのである。

48 とりわけ、国家の介入権の条件を法治国家的により良い方法で確定するための、責任主義の代替策を見出すことは、これまでのところ成功していない。「法の不知は許さず」(error iuris nocet)の原則に対して回避不能な禁止の錯誤の不可罰性を確保し、高度の情動、精神病質及び神経症を、場合によってはその不可罰を可能にして、21条の場合において必要的な刑の減軽を達成して、48条による累犯加重の制度(批判されたということから廃止された)に反対を示そうとする場合に—ここでは、後述するものの中から若干の例を挙げるにとどめる—、そのような法治国家の目的に到達するための解釈学的手段を提供するのは、端的に責任主義による一貫した展開だけである。比例原則はこれに適さないということは、既に説明した(第3章, Rn.54)。

49 Kragl は、「憲法の根本制度に端的に根拠を置く刑法」は責任刑法を選択することになるという定言を主張する。これは、漠然としており、BVerfG がまさに人間の尊厳の「根本制度」に責任概念の根拠を置くとしたことを蚊帳の外に置いている。Seheffler は、責任主義を、専ら刑事科学的に基礎づけられた刑法体系によって代替しようとし、この目的のために「客観的答責存在の原則」を比例の原則に結びつける体系を展開する。「その場合、責任刑法の問題解決能力は何も失われることはない」とする彼の見解は、これまで述べてきたことによれば、過度な楽観視である。更に Sack は、最近の犯罪学の端緒は、「逸脱した態度を個人に帰責する」ことを許さずに、むしろ逸脱した態度は社会システムの構成要素として認められ、これを社会システムに帰責させなければならないと犯罪を解明する傾向にあるが、その場合、当然の帰結として法違反者に対するあらゆる制裁を廃止するという結論に至らなければならない、と説明する。しかし、それは、社会共同体の存立条件と調和しえない、非現実的な要求であろう。より現実的で、社会共同体的にとって建設的でもあるのは、責任概念自体を不合理な要素から解放し、経験的に検証可能な、法治国

家的介入の限界づけのための防波堤となるという理解をそれに与えることである。

## 第5節 刑罰を基礎づける責任と刑罰を量定する責任

50 Achenbach 以来、刑罰を基礎づける責任と刑を量定する責任とが、以前よりも明確に区別されている。刑罰を基礎づける責任は、如何なる条件のもとで総じて責任が与えられているのか、それによって原則的に刑法上の答責性が与えられているのかという問に関わるのである。ここで我々が関わり合わなければならない刑法体系上の責任概念では、この刑罰を基礎づける責任が、刑罰の「成否」が、科刑に対して関連する構成要件が問題である。それに対して、刑を量定する責任は、裁判官による量刑に関連する構成要件に、そして、それによって「具体的事案において刑罰の重さにとって意義のある要因の総体に関わる」のである。この2つの概念は、異なる条件を有しているので、互いに分離することが可能である。刑罰を基礎づける責任では、責任能力と禁止の認識の可能性が問題となるのに対して、刑を量定する責任は、とりわけ、46条に列挙された要因に依拠する。その検討は、量刑論に属することから、本章では扱わない。

51 それにもかかわらず、刑罰を基礎づける責任と、刑罰を量定する責任は、完全に並列しているわけではない。刑罰を基礎づける責任を決定する規範的対応可能性は、21条によってそれが減低する場合には、刑罰を量定する責任に影響を与える。他方で、責任要素は、「傍若無人に」（315条c 1項2文）或いは「残酷に」（動物愛護法 17条2文）のように、例外的事案では、それらが、規範的対応可能性とは全く関わり合いをもたないばかりか、むしろより高い責任の程度を特徴づけているだけであるにもかかわらず、立法者によって刑罰を基礎づけるために用いられる。その場合には、可罰性は、単なる故意責任によって生ずるのではなく、まず責任の程度がより高いことによって生じるのである。

## 第 6 節 責任阻却事由か？ 免責事由か？

52 一部の文献は、責任阻却事由と免責事由とを区別する。責任阻却事由の一つと見なされるのは、責任能力の欠如及び回避不能な禁止の錯誤であるが、それらは、行為者が他の行為をなしえなかったという理由で、はじめから責任が欠けていると考えられるべきである。それに対して、免責事由と見なされるのは、とりわけ、過剰防衛（33 条）及び責任阻却的緊急避難である。それらは、責任の減少が存在していることから、立法者は特別な温情として、それ自体としては更に可能な責任を提起することを放棄したのである。

53 そこには、「免責事由」の場合、責任の問のみならず、別の観点も問題であるという認識の糸口が隠されている。その観点は、本書の叙述では、予防的処罰の必要が欠けているが故に、答責性が阻却されていると理解されうる。けれども、そのことは、「責任阻却事由」と「免責事由」との際立った違いを正当化するものではない。なぜなら、「責任阻却事由」の場合でも、原則的に、事情は異ならないからである。また、責任能力も規範的な周辺領域をもつ。例えば、高度の情動、深刻な神経症の場合であるが、後者の場合には、これを承認するか否認するかについて、予防的な考慮を完全に排除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ところであっても、これが一般予防的に是認できるのであれば、刑法上の答責を解放することはなお可能である。更にまた、禁止の錯誤の場合には、不可罰性は、絶対的な回避不可能性の存在だけに限らず、むしろスイス刑法（20 条）において適切にも規定されているように、「彼は、行為が正当化される」と「充分な理由から思った」のかの点にも依拠すべきである。そのような「充分な理由」は、行為者が市民の違法精神の通常要求を充たしており、それ故、刑事法上の制裁の契機とはならない場合には、既に存在していると考えられる。このことは、後に（第 21 章, Rn.39ff.）詳述する。「責任阻却事由」は、免責事由

とは対照的に、温情による処罰の放棄（すなわち、予防的処罰の必要性が欠けている場合の不処罰）にその余地を与えないという点に固執する場合は、刑事政策的に間違った厳罰主義を強めることになる。なぜならば、厳罰主義は、責任はなるほど国家的刑法の必要条件ではあるが、充分条件ではないのであるという、原則的に一般的に受け入れられた見解と矛盾するからである。

## 第7節 Maurach の行為答責の理論

54 Maurach が基礎づけた「行為答責の理論」は、違法性と責任の間に、固有の体系論的範疇として、「行為答責」を挿入し、それに従って、違法性阻却事由と責任阻却事由と並んで、行為答責を阻却する特別の事由を認める。その最も重要なものとして、35条の緊急避難、33条の過剰防衛を挙げている。これらの場合には、「個々の行為者が免責されるというわけではなく、むしろ誰もが一定の状況について答責をまぬがれるのである」。その行為は、「そこでは、なるほど、正当ではない（行為不法は存在している）。しかし、— 一般的な人間の本性に鑑みれば— 原則的に許容可能であって、個人的にのみ免責可能になるわけではない」。そのような「答責阻却事由」の承認に基づく実践的な帰結は、とりわけ、2つの間に関わる。すなわち、第1の間では、共犯は、正犯の行為答責が欠けている場合には不処罰とすべきである。そして、第2には、改善保安処分は、行為答責が欠けている場合には、行為者が更に責任無能力であったとしても、排除されるべきである。

55 既述したことによれば、この理論が正しい観察を出発点としていることは、明白である。實際上、いわゆる免責的緊急避難や過剰防衛のような場合であれば、不処罰にするということは、個人の責任を考慮することではなく、原則的に、その行為はそのような例外的状況に基づいて処罰を要しないということなのである。それ故、責任阻却が問題ではなく、むしろ刑法上の答責阻却が問題なのであるとするこの見解は、

語の選択の点でも、本書の見解との近似性を示している。

56 しかしながら、行為答責の理論の主張者は、正しい端緒から賛成しえない結論を導き出している。というのは、行為答責は、Zipf がいうように、「責任の前段階」なのではない。それ故、行為答責性が阻却される場合には一違法性阻却の場合と類似して一責任への間は問題になりえないのであり、35 条及び過剰防衛の場合には違法性と責任が完全に肯定されるのである。よって、これまで、何度も強調してきたように、その刑罰が失われるのは、予防的な理由が行為答責を不要とするにすぎないからである。行為答責は、可罰性にとって、責任がはじめから阻却される場合よりも近いものであって、それよりも遠いものではない。

57 また、行為答責の理論が到達する実践的な結論も納得できない。というのは、35 条によって刑罰から解放された緊急避難行為及び過剰防衛への共犯は、原則的に、可罰的なものと見なされうるからである（詳しくは、第 22 章, Rn.66f. 参照）。無論、免責事由（35 条或いは 33 条）が存在する場合に、精神病者に対しても保安処分は下されるべきではないとされるのは、正しい。なぜなら、精神病者が責任能力のある通常の行為者と同様の態度しかとれないのであるから、その限りで、精神病者に対する刑法上の制裁を科す誘因が存在していないからである。それについての危険性のみでは、刑法でも同様であるが、充分ではない。そうでない場合には、精神病者による正当防衛行為でさえも、保安処分を基礎づけなければならないという点については、無論、問題はない。けれども、この結論を妥当とするためには、行為答責の理論は不要である。行為者が、端的に自己の責任無能力を理由として処罰されない場合、63 条が適用されればよいとする、同条の制限的な解釈で足りる。

## 第 8 節 行為責任と行状責任

58 刑法典は、刑罰の基礎づけに際して、個別行為責任の原則を出発点



とする。すなわち、構成要件を実現する場合にそれ自体として存在する責任だけが（20条の文言を参照）刑法上の答責性の基礎となりうる。答責性が欠けている場合、これに代えて、自らの落ち度ある態度によって行為者を今日ある状態にしたという、過去に存在した「行状責任」或いは「生活決定責任」に立ち返ることは認められていない。というのは、「有責な」行状は、有責な構成要件の充足と同じではなく、この構成要件の充足だけが可罰的であるからである。その他には、そのような生活決定責任は、本書で用いられる「行為状況における規範的対応可能性」の基準とは対照的に、司法的には把握しえないであろうし、まさに、構成要件関連性に存在する、責任主義を法治国家的に限界づける効果も解消させてしまうであろう。また、性格責任の理論も（前述、Rn.27ff.）、性格が具体的な構成要件実現の中に表現されている限りにおいて行為者の性格を責任の確定の基礎とするのであれば、個別行為責任の基礎の上にとどまることになる。

59 けれども、個別行為責任の原則は一般的な認知を得ているにもかかわらず、実務と学問が、特別な事態の場合には、可罰性の基礎づけのために、意識的にか或いは隠密裏にか個別行為責任とかけ離れている理論構成を必要に迫られて使用しているのではないかという問題は、疑わしくもあり、異論の余地もある。この問題性は、「行為刑法と行為者刑法」という選択との関連において、既に詳述した（前述第6章，Rn.13ff.）。「生活決定責任」の可能性による間に依拠しないのは、Neumannであり、彼は「帰責と事前責任（Vorverschulden）」という表題の論文において、次のような定言を立てた。すなわち、ある態度の責任への帰責の問題は、久しく争われてきた多くの事案において、責任の欠如を事前の行為により自ら有責に招致した者は、行為時における責任の欠如に拠る所を求めることはできないという命題を承諾することによってのみ異論の余地なく基礎づけられうると。この定言と責任主義との調和は、問題を孕んでいる。というのは、事前責任は、行為者が有責な行為の実行によって負わされる責任とは別のものではあ

るからである。この理論から生まれる個々の問題は、それぞれの箇所で詳細に論じうる。

(あきやま・えいいち ノースアジア大学法学部講師)