

タイトル	責任 (1)
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究, 50(2): 285-312
発行日	2014-09-30

責任 (1)

吉 田 敏 雄

目 次

1	総説 責任主義と責任概念	(3)	責任主義と意思自由
(1)	責任主義		
A	責任主義の機能		
B	責任主義と憲法		
(2)	責任概念		
a	ドイツ		
b	オーストリア		
c	スイス		
B	ドイツ語圏現代刑法学の状況		
A	ドイツ語圏刑法学における歴史的経緯		

1 総説 責任主義と責任概念

責任 (1)

責任主義「責任なければ刑罰なし」は罪刑法定主義「法定構成要件なければ刑罰なし」と並ぶ法治国刑法を支える

礎である。ドイツ刑法第四六条（量刑の原則）第一項第一文は、「行為者の責任が、刑の量定の基礎である」と定める。本条は、責任が刑罰の上限を画するばかりでなく、個別事案における具体的刑罰の刑量原則であることを明らかにしている。立法者は、刑罰を予防目的に役立たせようとしているだけでなく、責任調整に役立たせようとしている。オーストリア刑法第四条（責任なければ刑罰なし）は、「有責に行為した者だけが可罰的である」と定め、同第三二条（刑の量定の一般原則）第一項は、「刑の量定の基礎は、行為者の責任である」と定める。スイス刑法第四七条（量刑の基本原則）第一項第一文は、「裁判所は刑を行為者の負責に応じて量定する」と定める。ドイツ刑法、スイス刑法には、オーストリア刑法第四条に相当する明文の規定は存在しないが、それでも、責任が可罰性の前提要件であることは一般に認められている。しかし、どの刑法にも責任の定義は見られない。責任の理解には変遷があったのであり、今日でも責任概念は論争の主題である。日本の刑法典には、ドイツ刑法やオーストリア刑法の上記条文に該当する規定は存在しないが、責任が刑罰の基礎であり、量刑の規準であることは、学説上一般に認められている。しかし、判例は責任主義を徹底させていない（結果的加重犯における加重結果に過失を要しない・最判昭和二六・九・二〇刑集五・一〇・一九三七、最判昭和三二・二・二六刑集一一・二・九〇六。違法性の意識または違法性の意識の可能性を要しない・最大判昭和二三・七・一四刑集二・六・八八九、最判昭和二五・一一・二八刑集四・一二・二四六三）。

(1) 責任主義

A 責任主義の機能 有責に行為をする者だけが可罰的である。これが責任刑法である。責任は責任主義(Schuldprinzip)と責任概念(Schuldbe-griff)に分けて論じられる。責任主義は、刑罰の前提として責任を要するという原理

であって、刑法を責任刑法として特徴づけるが、逆に、そこから「刑罰なければ責任なし」ということを導くことはできない。可罰性には、責任のほかに刑罰による予防の必要性の有無も必要である。場合によっては、責任はあるが、刑事政策的観点から予防の必要性が否定されることがある。責任主義は積極的に刑罰を基礎づける機能と、消極的に刑罰から保護する機能を有している。有責な行為者だけが処罰されるのであって、有責でない行為者は刑罰を恐れる必要はない「責任なければ刑罰なし」(Keine Strafe ohne Schuld = nulla poena sine culpa)。最後に、責任原理は刑罰限定機能も有している。責任に応じた刑罰しか許されず、責任を超える刑罰は許されないからである^①。

行為の可罰性を確認するためには、構成要件該当性、違法性と並んで、有責に行為をしたか否かという、責任それ自体の認定が必要であり、且つそれで十分である(問い・人が有責で「あるか否か」)。犯罪概念要素としての責任が刑罰の基礎であるというその任務によつて、責任認定は**刑罰基礎づけ責任**(Strafbegründungsschuld)とも呼ばれる。しかし、この概念は、刑法の検証にとつて、責任が充足されているということだけが重要だという意味で、形式的・静的にのみ理解されるべきでない。この概念は、むしろ、実質的、数量化できる大きさをもった概念である。人はより重いまたはより軽い責任を担いうる。刑罰根拠づけ責任は、法益侵害に応じて軽重のある不法に関係しているからである。しかし、数量化の可能性はとりわけ責任それ自体の性質に根ざしている^②。

責任は犯罪概念要素としての責任としても、量刑のための基礎としても同一である。犯罪概念要素としては、行為がそもそも行為者個人に非難されうるかどうかだけが問題となり、量刑の領域では、責任の正確な測定、つまり、量の拡大が問題となる(量刑法の意味での**責任概念**。問い・「どのくらい」)。犯罪概念要素としての責任は責任の分量を

特徴づけるすべてのものを含んでいる。刑罰根拠づけ責任の意味において責任を問われる行為不法と結果不法の場を背景にはじめて、責任の分量が量刑理由に応じて変化しうる。行為者関係の要素を取り入れた責任概念では、犯罪概念要素と切り離された純粹の量刑責任というものを必要としないのである。「刑罰基礎づけ責任は量刑責任 (Strafzumessungsschuld) の基礎である⁽³⁾」。

学説には、犯罪概念要素としての責任と量刑領域における責任は全く異なった概念であるという見解が見られる。データーテーム・キーナツペル等によると、犯罪概念要素としての責任概念は責任の形式的概念的構造を確定するが、量刑責任は内容的に、行為者の個人的責任の大きさを量定することを目指す。量刑責任の次元で、刑事裁判官は、一方で、結果無価値並びに、行為無価値を考慮しなければならず、他方で、心情無価値、つまり、犯罪エネルギーと法敵対的態度の程度、性格的欠陥、害悪性向、犯罪歴等を考慮しなければならない。量刑責任は抽象的な刑罰基礎づけ責任とは異なり、事例ごとに変化する量化できる概念であると (graviore culpa, gravior poena)⁽⁴⁾。ここでは、犯罪概念要素としての責任は形式的・静的範疇であり、量刑責任は実質的・量的範疇と捉えられている。

しかし、犯罪概念要素としての責任と量刑責任を量的に異なるあるいは質的に異なるという見解は適切でない。行為者の刑法上の責任は犯罪概念要素としても量刑の基礎としても同一である。刑法の責任が様々な側面から考察されるにすぎないからである。犯罪概念要素としては、行為者に犯罪類型的責任が、したがって、行為がそもそも個人的に非難されうるのか否かが問題となる。これに対して、量刑の領域では、責任の精確な程度が問題となるのである。犯罪概念要素としての責任も量刑責任も、不法が責任の決定に関与する限度で、責任は所為の不法を包含している⁽⁵⁾。

責任主義と取り違えてならないのは、責任説(Schuldtheorie)である。これは、不法の意識が故意の内容を成すという故意説とは違って、故意を不法の意識から切り離す説である。故意が不法の意識を包含するか否かの論争は責任主義とは関係がない⁽⁶⁾。

B 責任主義と憲法 日本国憲法は、その第三一条、第三九条前段及び第七三条第六号但し書きにおいて罪刑法定主義に関する明文の規定をおいている。責任主義については、明文の規定はないものの、憲法第一三一条(個人の尊重)、憲法第一四一条(法の下の平等)によって間接的に保障されていると考えられる。個人と国の緊張関係について重要な意義を有する責任主義が憲法上の礎を有しないわけではないのである⁽⁷⁾。ドイツでは、連邦憲法裁判所が人間の尊厳の不可侵(基本法第一一条第一項)、人格の自由な発展への権利(基本法第二一条第一項)及び法治国主義から間接的に責任主義を導出している⁽⁸⁾。オーストリアでは、法の下の平等(連邦憲法第七條)、無罪推定(ヨーロッパ人權条約第六條第二項。無罪推定(Unschuldsvermutung)という場合に使われるSchuldという概念は実質的な有罪条件の全てを指すのであるが、同時に、犯罪概念としての責任が証明されなければ有罪宣告できないというのが欧州各国の共通理解である)、罪刑法定主義(ヨーロッパ人權条約第七條)の解釈(犯行時に「可罰的」な行為というのは、責任も認められねばならないと理解されている)、人間の尊厳の尊重(ヨーロッパ人權条約第三條。刑罰は人間の尊厳にかかわるのであり、それは責任要素によって基礎づけられ、限定されねばならない)から間接的に導かれる。平等原則は、関係者を保護するための、実質的に差異化する事物性と比例性の命令を含む。事物性に属するのが、法秩序と社会の価値観念に基づく判断、したがって、行為者の所為への内的態度にそれぞれ応じた刑罰の個別化の必要性である。これによって、感情的有罪判決も所為結果そのものへの図式的照準合わせも食い止められる。責任と刑罰の間の比例性は、責任の中

に見出される、行為者の所為への個人的態度を取り入れなければならない。予防的刑罰目的も責任関連性なしには基礎づけられない。これにより、正義の利益と行為者の保護のために過剰な刑罰が排除されることとなる。⁹⁾ スイスでは、判例が責任主義を連邦刑法の原則であることを承認しているが、「法律なければ刑罰なし」に認められているような憲法上の独立した原則とはみていない。しかし、連邦裁判所は責任主義の（明白な）侵害があれば連邦憲法第九条の意味での恣意性を認めるので、このかぎりでは責任主義には憲法上の地位が認められる。¹⁰⁾

(2) 責任概念

責任概念は、責任が犯罪成立要件として基本的に必要なか否かではなく、責任の内容に関係する。責任概念は、責任の下で実質的に何が理解されるべきかという問いに関係するのである。責任主義は責任の内容が明らかにされない限り無意味である。責任概念については、後に詳論されるが、責任非難は、常に個別的であり、価値違反の意思形成ないし欠如した内的結合に向けられる。行為者には、法的に保護された価値と結びついた他の人の人のように行為することが期待されている。行為者がこの前提要件を満たさないとき、行為者には刑法的意味で責任があると云える。¹¹⁾

この個人的非難に事物論理的に先行するのが違法行為の一般的非難である。責任を問われる不法だけが存在するのであって、不法のない責任というのは存在しない。¹²⁾ 不法は外に向かう意思形成の効果に関係する。不法の基礎には、所為の対象と態様に関係する欠陥のある行為制禦がある。行為者の所為が違法性という外的観点によって評価され、どの規範名宛人にも適用される。客観的不法帰属は、行為に存在する法的に是認されない危険が実際に結果を生じさせたということに関係する。これに対して、責任は内に向かって見る。責任は、不法非難と相関する行為者個人の内

面性を問題とする。すなわち、責任は、行為者に現実に見られる法から離れた心情（内的態度つまり動機）の過誤制御の理由を問題とするのである。責任要素は常に具体的人間と結びついてのみ理解されうる、ないし、責任要素の前提要件は特定人間と関連づけられる。但し、客観的、主観的という対立だけで不法と責任の相違が特徴づけられるのではない。不法も責任もそれぞれ主観的事情と客観的事情を含んでいるからである。⁽¹³⁾

この順序によって、責任も不法において認定された法律違反に結び付けられ、限定される。不法の次に責任が位置づけられることによって、罪刑法定主義、つまり、**定型刑法** (Typenstrafrecht) の保障機能が完全なものとなる。⁽¹⁴⁾ 純粹な心情刑法は禁止されるのである。外的誘因なくして人の「内的生活の審問」をすることは許されないであり、したがって、法敵対的心情それ自体の可罰性という意味でのいわゆる**心情刑法** (Gesinnungsstrafrecht) というものは存在しない。思想及び悪意だけでは税金がかからない。外的誘因が不法である。刑法は行為刑法であり、責任は通常は**個別行為責任** (Einzelatschuld) である。不法だけでは可罰性に十分でないので、責任刑法に対立する**結果刑法** (Erfolgsstrafrecht) とか**結果責任** (Erfolgshaftung) というものは存在しない。⁽¹⁵⁾

行為責任に対立するのが、エドムント・メツガー（一八八三—一九六二）の主唱にかかる**行状**（＝**生き方**）責任 (Lebensführungsschuld) である。⁽¹⁶⁾ その責任判断は行為者の全人格、その成長に拡張される。これは、行為者人格の成立過程、他の「より良い」生活態度によって、今の性格になることが避けられたか否かを問うのである。しかし、こういった問いは、非難されるべき行為との関連でのみ関心を惹くのであって、性格要素は**個別行為責任** (Einzelatschuld) の原理に服さねばならない。性格要素は、責任において、それが「行為時の人格の現状」を明らかにする狭い

領域でのみ意味を有する。行為者がその行状の責任を問われるのではない。そもそも、「有責な」行状は有責な構成要件充足でないものであり、有責な構成要件充足だけが可罰的であるのみならず、そもそも、刑事訴訟法の認める手段で、被告人の、往々にして隠された深層心理の連関を有する生活歴を解明するなどということは不可能であろう。仮に可能だとすると、法廷で被告人の私生活が暴かれるだけでなく、説教調の道徳的裁判が行われることになろう。¹⁷⁾

なお、責任を「非難可能性」そのものと定義することは不正確であり、「所為の非難可能性」と定義することも誤解を招きやすい。不法という概念は、社会害悪性を含み、所為に関して一般的に見ると社会倫理的非難に値することを意味し、責任という概念は、行為者に関する評価の次元で、一般的社会倫理的非難に加えて、個人的に社会倫理的非難に値することを意味するからである。

(3) 責任主義と意思自由

A ドイツ語圏刑法学における歴史的経緯 責任非難は一身専属的答責であるということから、行為者の内的自由の問いが生ずる。一般に、自由と責任は相互に関連づけられ、自由が責任を根拠づけると考えられてきた。この思考はとりわけ大陸ヨーロッパの法領域において長い伝統があり、人がその与えられた自由を濫用したというところに責任が見られたのである。イエシエック／ヴァイゲントは、「責任主義は人間の決定自由を論理的前提とする。というのは、基本的に、法規範に従って自らを導く能力があるときにのみ、行為者は、犯罪衝動を統制する代わりに、違法行為に出たということに責任を負うことができるからである」と表現している。¹⁸⁾この点で、当然ながら、責任を引き受ける者には、正しい決定のための相応の自由ももっていることが要求される。¹⁹⁾

これにより、責任概念にとってその存在にかかわる、困難な、経験的には証明できない、根本的には哲学の主題、つまり、人の意思自由 (Willensfreiheit) が中核的論点を成すことになる。ドイツ連邦通常裁判所は禁止の錯誤に関する一九五二年三月一八日の大刑事部決定において、「責任とは非難可能性である。責任という無価値判断で行為者が非難されるのは、行為者が適法に振舞うことができた、適法な決意をすることができたにもかかわらず、適法な振る舞いをしなかったということである。責任非難の内的根拠は、人には、自由な、答責的な、倫理的自己決定を下せる素質があり、それ故、法に従い、不法には従わない決定を下す能力があるというところにある」と説示した。⁽²⁰⁾ この点で、意思自由は哲学理論としての非決定論 (Indeterminismus) の概念と同義である。非決定論によれば、事象は因果的要因よって (絶対的非決定論)、あるいはそれのみよって (相対的非決定論) 決定されない。ここでは、意思自由は、絶対的に、又は少なくとも、相対的意味において、決定因子を自発的に克服する能力と理解されるのである。⁽²¹⁾

上記のドイツ連邦通常裁判所の説示に相応するのがキリスト教哲学であり、イマヌエル・カント (一七二四—一八〇四) やゲオルク・ヴィルヘルム・フリートリッヒ・ヘーゲル (一七七〇—一八三一) の観念論哲学である。キリスト教哲学の出発点は、神は人を自己の作為・不作為に対して自ら責任を負う存在として創造した、この存在はその代償として神に対して申し開きしなければならないというところにある。与件秩序に従う可能性があることによって、人は、本能の機序にのみ拘束される他の全ての生物から区別される。スコラ学者のトマス・アクイナス (一二二五—一二七四) はその真理論に関する研究において、人間は自由な意思を有するかという問いに対して、こう肯定する「まさにそのことによって人は神の被造物から際立っている」、「人は生来必然的に善を意欲する」⁽²²⁾。現在の神学の説明も人の答責と自由を「キリスト教理解による人の尊厳」の直接的帰結として見る。人は答責の存在である。人は、自

己の作為・不作為に対して申し開きをする能力があるということも、神の似姿の一部であるが、しかし、そのことは同時に「絶え間なく危険をもたらす条件となっている」。人は自由を濫用し、他人に対して責めを負いうるほどまで進む自由を有している⁽²³⁾。

観念論哲学者も、人は自発的に（先験的に）、常にその理性（Vernunft）に基づき善事ないし為されるべきことを決定する能力のあることを強調する。カント曰く、「実践的意味における自由は、選択意志が感性的衝動による強制から独立していることである。というのは、選択意志は、それが感性的に（感性的衝動によって）触発されているかぎり、感性的であり、それが感受的に強制されうる場合には、動物的（動物的意志）と呼ばれるからである。人間の選択意志は、なるほど感性的意志ではあるが、動物的意志ではなくて、自由な意志である。なぜなら、感性はその働きを必然化せずに、感性的衝動による強制から独立に、自ら規定する能力が人間には備わっているからである」⁽²⁴⁾。

自然科学の意味では、いまだ人間の意思自由の存否は証明されていない。したがって、キリスト教哲学も観念論哲学も意思自由を信奉していることになるのだが、この意思自由、自律性、そして、その帰結である自己答責が人間を道德的存在へと高める。自己答責が人としての尊厳の根拠となる。犯罪行為は行為者に責任ありとして道德的に非難されうる。しかし、自己答責の意味で刑法責任の人倫（Sittlichkeit）ということが云われるとき、それは個人倫理的意味での一身的、道德的人倫を意味している。それは社会倫理的⁽²⁵⁾非難とは異なる。個人の意思自由⁽²⁶⁾に基礎をおく責任では、行為者は自己に対して道德的責任を負い、しかも、犯罪行為に出たが故に法律制定者である国に責任を負うのである⁽²⁶⁾。

道徳的責任ということから、応報刑による責任調整(責任清算)(Schuldausgleich)の必要であることが導かれる。というのは、生じさせた害悪に対して害悪を被ることが行為者をその責任から解放するからである。責任は応報(Ver-Geltung、仕返し)をする＝通用性をなくさせる)によって責任の通用性(Geltung)を消滅させる。国は責任の処罰で市民の個人道徳に介入し、個人の内的人倫を回復させる。⁽²⁷⁾裁判官の有罪宣告はいわば「代位的良心判断」⁽²⁸⁾である。「裁判による刑罰は、犯罪者自身にとつて、あるいは市民社会にとつて、別の善を促進する手段にすぎないということではけつてありえず、つねにもつぱらその人が犯罪を犯したがゆえにその人に課されるのでなければならぬ。というのも、人間が他の人の意図のための手段としてのみ扱われること、物件の対象と一緒にされることはできないのであり、市民的人格であることを剝奪する判決が下されても、生得的人格であることが、そうした扱いからその人を守るからである。処罰すべしという認定が、犯罪者自身あるいは同朋市民にその刑罰によつてもたらされる利益について考えることに、先行しなくてはならない」、「同害報復の法(ius talionis)だけが、ただし(私的判断においてではなく)法廷で理解されるこの法が、刑罰の質と量を明確に示すことができる。他の原理はすべて不確実であり、別の考慮も紛れ込むので、純粹で厳格な正義の宣告にはまったく適切ではない」。⁽²⁹⁾カントによれば、応報刑は目的に縛られない(目的自由)のであり、有責者に人間的尊厳を得させることを可能にするのである。ヘーゲルも、「犯罪者の身を起こる侵害(刑罰)は、即時的に正当であり、――正当なものとしてそれは同時に犯罪者の即時的に有る意志でもあり、彼の自由の一つの現存在(あり方)、彼の権利ないし正でもある。そればかりでなく、この侵害(刑罰)はまた犯罪者自身にたいする一つの権利でもある」、「犯罪者の行為のうちには、個人の形式的な理性的あり方、つまり意志するはたらしきもまた存するのであつて、その点で刑罰は犯罪者自身の権利ないし正をふくむものと見なされる。そしてこの点で犯罪者は理性的なものとして尊敬されるのである」⁽³⁰⁾と論ずる。

正義の前提にあるのは、責任がすべての場合に無条件で行為者の意思自由によって説明できるということ、かかる責任は害悪を加えることによって調整されうるし、されなければならぬということである。行為者は、自律的自己決定により惹起したその一つの害悪（犯罪）に対して他の害悪（刑罰）を被ることによって、その責任から解放されるということは、その一つの害悪が他の害悪を消滅させるということである。この意味で、応報刑は形而上学的である。ヘーゲルはこれを「法はこのおのれの否定を否定することによっておのれを回復する⁽³¹⁾」と表現したのである。

ヘーゲル学派の犯罪観は、法律に具象化された普通意思から個別意思が自由に選択され分離されたものであるというものである。クリスチアン・ラインホルト・ケストリン（一八一三—一八五六）は、「悪い意思の源は意思の選択にある。それ故、意思の選択とのみ刑法は関係する⁽³²⁾」と主張した。カール・ビンディング（一八四一—一九二〇）はこの意思自由に制約された理論を現代刑法学に導入したのである。⁽³³⁾

キリスト教哲学に基づくにせよ、観念論哲学に基づくにせよ、刑法上の責任は意思自由に基づけられるという見解は、その支持者によって、人間生活の自明の理、現実の所与と位置づけられる。いずれにせよ、意思自由は人々の意識に定着しているので、キリスト教哲学も観念論哲学も、ともかくも自然の生活原理として人間にあるものを、単に理論的表現したものにすぎない。意思自由の経験的証明がないこと、最近の脳科学によってもその証明がないことによつて事態が変わるものでもない。責任が概念論的に前提とする他行為可能性は、それが個別事案において証明できないにせよ、相応の内的自由を含意する⁽³⁴⁾と。

非決定論に対して、**決定論**(Determinismus)は、人は意思において自由でないことを前提とする。その認識の基礎には、全ての出来事は定まった法則に則り進行する、法則によって出来事は完全に決定されている。つまり、決定論の見解は、既知の自然法則、完全に知られているシステム状態ではあらゆる出来事の将来の経路は原理的にはあらかじめ決められており、したがって、真正の偶然も類似の現象も存在しないものである。決定論には様々な亜形がある。

カントにあつては、人の善悪への決定の自由は選択の自由それ自体にあつた。つまり、カントの自由は形式的原理だったのである。これに対して、一八世紀前半における功利主義者であり、啓蒙福祉絶対主義の唱道者であるクリスティアン・ヴォルフ(一六七九―一七五四)は、人の善悪への決定の自由を結果から判断したのである。ヴォルフによれば、犯罪者には自由がないのは、犯罪者は自然の理性によって導かれず、「理性を欠いた家畜」のように自分の衝動に従ったからである。したがって、犯罪行為を理由に行爲者に応報を加えることはできないのであつて、犯罪者は「たけりたった犬」のような社会的害獣として扱われるべきであり、できるだけ撲滅されるべきである。⁽³⁵⁾ 刑罰の意味は具体的行為者の無害化に加えて他人を威嚇することにあつた。体系的一般予防理論はヴォルフを淵源とする。⁽³⁶⁾

パウル・ヨハン・アンゼルム・フォン・フォイエルバッハ(一七七五―一八三三)は刑罰の根拠づけに関してヴォルフほど粗野ではなかったが、その影響を受けていた。フォイエルバッハは、カントとは反対に、意思の外的自由しか要求しなかった。フォイエルバッハにとって、犯罪を犯すとき、内的自由は存在しない。行為者は自己の衝動に突き動かされており、善悪を自律的に選択する選択自由を有していない。したがって、フォイエルバッハは責任(Schuld)

という用語を使用せず、帰責 (Zurechnung) という用語を用いたのである。道徳は刑法から放逐され、したがって、応報も排除された。刑罰は将来に向けて合法性を作り出すこと、つまり、市民社会のための実践的目的合法性にだけ資する。刑罰警告は潜在的犯罪者に犯罪へと駆り立てる欲望をはじめから追い出すためである。刑罰は外的法的秩序を作るための手段にしかすぎなかった。合法性は威嚇によって強制されるのである(心理強制の原則)。具体的犯罪者の帰責とそこから導かれる刑罰は刑罰警告の一般予防的威嚇を確認するものでしかない。結局、「カントの人間像は形而上学に郷里があるが、フォイエルバッハの自然主義は、どの国民も『具象化された悪魔』でありうるということから出立する」と云える。⁽³⁸⁾

決定論の立場は、刑法の責任の理解を変えるばかりでなく、制裁に大きな影響力を有する。近代学派の巨匠フランツ・フォン・リスト(一八五一—一九一九)は一般予防に代えて特別予防を刑罰目的に据えた。フォイエルバッハの心理強制理論ははるかに洗練された形で具体的行為者へと転換活用され、刑罰の可能性が目的に沿って区別されたのである。⁽⁴⁰⁾ 決定論への信奉によって、応報刑は完全に押さえ込まれた。そうなると、社会倫理的意味での責任主義は放棄され、責任は形式的に所為の主観的帰属要素の総体と理解される。これは今日でも意思自由否定論者によって唱えられている。⁽⁴¹⁾

B ドイツ語圏現代刑法学 の状況

a ドイツ 第二次世界大戦後も、ドイツでは、観念論哲学の影響を受け、現実には存在すると理解された人間の決定自由に責任概念を基礎づける学説が有力に主張され続けた。自由は、措定されるだけでなく、証明可能な人類学

の所与であると理解されたのである。一九六二年の政府刑法草案もこの立場に立脚していた。⁽⁴²⁾ アルトウール・カオフマン（一九二三—二〇〇一）は、この思想に基づき責任概念に自然法的基礎を与えた。「責任主義は倫理的世界の基本命題であり、自然法であり、それ故、絶対的通用力を有する」。⁽⁴³⁾ 「人間に自由な自己決定能力があるか否か」という問いにはこう答えることができる。「倫理的自由の行為は因果決定を否定することにあるのではなく、むしろ、その被覆決定にある、すなわち、特殊な性質を有する特有の決定因子、つまり、世界の因果構造に由来するのでなく、世界の意味構造から由来する決定因子が加わることにある」。⁽⁴⁴⁾ エルンスト・アマデウス・ヴォルフ（一九二八—二〇〇八）も、自由の問いというのは「現実存在するものの問い」だと論ずる。「人間が必然性の法則によつて決定されているのだと考えるべき、人を納得させる理由はない」、むしろ、自由というのは、「特有の意味にしたがって何かを實現に移す能力」である。⁽⁴⁵⁾ 最近では、ミヒャエル・ケーラー（一九四五）が、ヘーゲルに依拠しながら、「責任とは不法格率への自由な（自主的）決定のことである、すなわち、『法としての』法を構成要件該当という定まった方法で破ることである」と論ずる。ベルント・シュöneマン（一九四四）^{*}は、意思自由の存在を「人類学的基本精神状態」⁽⁴⁷⁾と理解し、これは言語の文法構造に現れていると論ずるが、しかし、この認識を刑法に応用することはしない。なぜなら、「専ら予防目的の役に立つ刑罰はまた予防目的からしか決められえない」⁽⁴⁸⁾からだ。

しかし、いずれにせよ、所為の状況における人間の決定自由の実験的証明はできない。⁽⁴⁹⁾ そうだとすると、所為状況における行為者の意思自由の存在を刑法における責任の直接の根拠とすることはできないことになる。そこで、ヴィルヘルム・ガラス（一九〇三—一九八九）は、一九六七年にミュンスターで開催された刑法教師学術大会において、今日、有力説と目せられる学説を展開した。ガラスは、一九六六年に発表された『刑法代案』⁽⁵⁰⁾の純粹に予防的な観点

から定められた量刑原則を批判したのである。代案第二条第一項は、刑罰と保安処分は「法益の保護と行為者の法共同体への再適応」に役立つものとする⁵¹と定め、同条第二項は、刑罰は、行為責任の程度を超えてはならないこと、保安処分は優勢な公共の利益がある場合にしか命令してはならないことを定め、同第五九条第二項は、「行為責任によって定まる程度が尽くされてよいのは、行為者の法共同体への再適応又は法益の保護に必要な場合に限られる」と定めていたのである。ガラスはこう批判する。これらの規定は、「刑罰は、外から、つまり、法治国の考慮から、上の責任限界の遵守要請によって限定される予防手段以外のなものでもない、つまり事の実体からすると保安処分と一致するかのような印象を与える。実際、「刑罰にその責任相応性の点で上の限界を設定し、同時に、刑罰と責任思想を事態に即して相互に結び付けるつなぎを破壊しようとする企て」はそれ自体矛盾しているように思われる。代案教授陣が云う刑罰の「脱神話化」を実現するためには、「行為者が自己の行為に責任を負うことをわれわれの社会的、道徳的意識の現実として考えるかぎり」、刑罰の意味と刑事政策的目的を一つにするのでなく、両者を明確に分離すべきである。「行為者をそのしでかしたことに応じて扱う、したがって、自己の行為に対して責任を負う人として尊敬する刑罰だけ」が、一般の人々を正義感情に相応する形で法誠実へと教育するのに適しているし、「行為者にとつての警告、自己分別及び自己負担軽減の手段としても責任刑は不可欠である」。結局、ガラスによれば、刑罰はその根拠とその程度において、行為者という人に連関した正義の表現としても、特別予防、一般予防の手段としても、行為者の個人責任の認定を前提とする。したがって、所為状況における決定自由は経験的に認定できる現実ではないが、それでもわれわれの社会文化の放棄できない構成要素として必要であるということになる。⁵² ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ（一九二九―二〇一一）も基本的にはガラスに従う。「法が人間に到達するべきなら、法はそれ故人間を、人間が自己を理解するやり方で、受け入れねばならない。さもなければ法は空転する。しかし人間は周知のごとく自己を基本的には自由

であると感じるのであるから、この現象が結節点を形成すべきこととなる。……人間の定める法はその名宛人の生きた一般的自己理解と矛盾してはならない。法に残されているのは、名宛人の世界像にしたがった方向をとること、したがって意思自由の観念を、意思自由それ自体ではないが、一般的に認められた、人間の自己理解の基礎として受け入れるだけである」と。⁽³²⁾

これに対して不可知論に立つのがクラウス・ロクスライン(一九三一)^{*}である。責任とは規範的応答可能性があるにもかかわらず不法な行為をすることである。「行為者の責任が肯定されうるのは、行為者が所為をするに当ってその精神的・心理的状态からすると規範の呼びかけに対応できた場合、行為者に規範指向の行為の決定可能性が心理的なお可能だった場合、健康人にたいていの場合存在する(自由であつても、決定されていても)制禦可能性が具体的に事例において存在した場合である。この点で、証明できない仮説が問題となつていくのでなく、経験科学的調査結果が問題となつていく。というのは、心理学、精神医学は、『自己制禦能力の制約を経験的に説明し、制約の程度を評価することのできる』判断規準をますます開発しているからである」。この規範的応答可能性があるとき、意思自由の意味においてこのことを証明できないままでも、行為者に精神的には基本的可能な行為選択肢を採らないとき、行為者が規範適合の行為能力も有しており、有責であるということから出立できる。非決定論者はこの自由の仮定を経験的に適切だと考えるだろうが、不可知論者も決定論者もこの自由の仮定を受け入れることができよう。というのは、自由の仮定が云っていることは、行為者に実際に他行為が可能だったということではなく、行為者がその制禦能力に異常が無く、したがって規範的応答可能性がある場合には、自由だと扱われるということだからである。自由の仮定はこの点で「規範的設定(eine normative Setzung)」であり、社会的準則であつて、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関係がない。法における自由は法における平等と同じ関係にある。法秩序がすべての人間の平等から出立するとき、法秩序は、人間はみな事実平等であるという無意味な命題を提示しているのでなく、人間は法の前に等しく扱われるべきことを命令しているのだと。⁽⁵³⁾ ロクスイーンは責任というのは「混じりあった経験・規範的な事情」だという。経験的に認定可能なのは自己制禦の基本的能力とそれとともに存在する規範的応答可能性である。規範的に帰属されるのは、この実情から導出される適法行為への可能性である。実際の他行為可能性の存否は答えられないのであるから、応報や倫理的非難は正当化されないと。⁽⁵⁴⁾

b オーストリア オーストリアでは、ヴィンフリート・プラッツグマー（一九三〇）^{*}が、行為者がその欠陥のある決定によって法的に保護された価値との結合の欠損を示したというところに責任非難の根拠を求める性格学的責任論では十分でない、なぜなら、「行為者個人を非難し、そのために行為者に意識的に害悪を加え、行為者にもそういうものとして感じてもらうことの根拠は、行為者がその価値結合の欠如に何か手を打つことができるということから出立するしかない。さもなければ、非難は全く無意味になる」⁽⁵⁵⁾からだ指摘し、さらに、次のように論ずる。刑事法廷において意思自由の証明ができないということは何の障害にもならない。「法律は、行為者の意思行為がいかなる個別事例においても選択自由の濫用だと証明されることを全く要求しておらず、自由を通常の場合では前提としている。換言すると、法律は、行為者が人として法律の前では基本的に自分の所為に責めを負わねばならないことから出立し、個別事案において特別の事情から疑問が生じた場合にだけ、他のことも可能だったという意味での自由の問題をもちだそうとする」⁽⁵⁷⁾。責任は意思自由に基づくのであるから、刑罰は応報の意味をもつ。⁽⁵⁸⁾

ブラッツグマーと出发点を同じくするが、しかし、応報思想を支持しないのがオットー・トリフテラー (一九三二)* である。トリフテラーは、人間は、体質、知能、社会環境の影響を受けてはいるが、身体的、心理的状态に基づき、複数の行為態様の中から一つを選択する可能性を有しているとき、意思自由があるといえること (いわゆる相対的非決定論)、こういった「基本的な」意思自由が個人的非難可能性を正当化すること、というのも、刑法は緊急避難とか責任無能力といった、特殊な「強制状況」を考慮しているからだと指摘した上で、さらに次のように論ずる。自然科学的には決定論も非決定論も証明も反駁もできないが、立法者がそのことで意思自由を規範的に捉え、そこに責任刑法の前提を見ることを妨げられるものではない。個人的非難可能性を専ら意思自由の規範的仮定に依拠させることは責任刑法の基礎として擁護できる。意思自由は現行法上推定されており、これは具体的事例において、他行為可能性はなかったとの反証が可能である。人はその経験から「自己の意欲と行為において自由であるという主観的感情」を有している。これと結びつくのがもう一つ別の「自己の行為に対しての個人的答責の感情」である。なるほど、われわれは決定状況において自由であると感ずるという事実から、われわれは実際にも自由であるという結論を導くことはできないが、しかし、「例外状況を別とすれば、支配できる意思を、それ故、責任に対応する刑罰を正しいと感ずる、つまり、所為に対する社会の適切な反作用だと感ずる能力も有している」という意識を人間はもっているのであって、それで個人的非難を正当化するためには十分である。というのは、この意識に基づき、行為者は、実際には法に反する決定をしたが、法に合致した決定をすることもできたのだと思うからである。トリフテラーは、さらに、刑法の前提としての自由意思も責任主義を意思自由の主観的感情に結びつけることも人間の尊厳から明らかにすると論ずる。行為者に自分の行為への個人的答責を認めることしか行為者に「個人としての承認」を保障しないと論ずる。意

デーテルム・キーナツペル（一九三五）^{*}も、刑法の責任概念は社会倫理的無価値判断であるが、これを意思自由と絡めると決定論対非決定論という不毛且つ解決できない論争に立ち入ることになるので、これを無視することにして、人間の規範的応答可能性という経験事実⁽⁶⁰⁾に照準を合わせるべきだと論じ、刑罰については、「刑罰はそれを科せられる者からも一般の人々からも（少なくとも）応報と感じられる」こと、応報は独自の、意味にある刑罰目的としては時代遅れとなっているが、しかし、調整的正義への根源的要求を人々の頭から放逐するなどということは依然としてユートピアであるという理由から、応報刑思想を支持する。ヘルムート・フックス（一九四九）^{*}は、刑法の責任を倫理的責任から切り離すことはできないこと、原理的に「自己決定の可能性」が責任の前提の基礎にあることを主張するが、それにもかかわらず、この責任は二つの点で問題を含んでいる、つまり、その一は、意思自由それ自体の証明がないこと、その二は、決定自由というものの基本的可能性から出立しても、具体的行為者が具体的所為状況で他行為ができたか否かは依然として未解明であること、結局、個別事例における倫理的責任は人間の判断、したがって、裁判官の判断から免れること、それ故、「一般化する」余地しか残っていないと論ずる⁽⁶¹⁾。

オーストリアにおいて不可知論から現行刑法を理解するのがラインハルト・モース（一九三二）^{*}である。現行刑法は意思自由に関して不可知論から出立している。たしかに、意思自由を肯定するか否定するかは各個人に任せられている。しかし、このことは、刑法が両方とも承認しているということではない。刑法の責任概念は、悪事への自律的決定の意味での意思自由に基づくのではなく、一般的価値観念に照らした自由な動機づけ可能性と行為者決定の非難可能性に基づく。それ故、法律の責任概念から応報を法律の刑罰目的として導出することはできない。責任は、不法と同じく、社会学的帰属の手続きである。行為者が非難されるのは、行為者に代わって、法的に保護された価値と結び

つく人間なら法に誠実に動機づけられたということである。この社会倫理的に根拠づけられた責任非難が刑法の基礎である。この責任非難は行為者の動機に応じた正しい個別化を可能とする。行為者人格が性格的責任要素ゆえに、応報原理の純粹な行為刑法よりも、いっそう強く視野に入る。責任非難は社会学的にも裁判官にも制約されるから、責任と刑罰の問題により高次元の正義をもちだすなら、それは余りにも僭越なことになろう。責任概念の脱神話化が必要である。責任における個別化の役に立つのが、禁止の錯誤や期待不可能性という一般的免責事由である。両者ともに寛容と経験的個別正義の証明となるが、しかし、社会的評価尺度によって限定される⁽⁶²⁾。

c スイス ギュンター・シュトラーター・テンヴェルト^(*) (一九二四) は次のように論ずる⁽⁶³⁾。犯罪者の処罰を要求し、正当化するのが犯罪者の責任だとすると、その前提には、行為が自由な意思決定に起因すること、行為者が(倫理的)非難を受けるといふことがある。しかし、近代学派の出現以来、意思自由に関する論争が盛んになったが、今のところ、意思自由論争を科学的方法で決着することはできない。抽象的に人間の意思自由から出立しようとしても、具体的行為者がその具体的社会状況において行為の瞬間にいかなる行為の余地をもっていたかといういまひとつ別の問題が依然として残る。人間の行動は個人的、社会的要因のきわめて複雑な相互作用から生ずるということ、つまり、個人は特定の時点で決して好きなように決定しえないのだということ、このことに疑いを入れる余地はほとんどない。なるほど、行為者を犯罪へとせきたてたかもしれない外的又は内的理由が認識できないという意味で、「自由から(aus Freiheit)」でた犯罪というものがある。機会犯のかなりの部分、例えば、店舗窃盗がこれに入るかもしれない。しかし、常習犯の大部分にこういった自由を認めることができない。こういった犯罪者の成育歴を見ると、これらの者に刑罰をその(倫理的!)責任で正当化するなら、不誠実というものであろう。しかし、再現しえない行為状況におけ

る行為者の個人的能力に完全に照準を合わせるなどということは刑法のできることではない。行為自由は証明できないし、ましてや刑事手続きの形式、手段では無理である。純粹の責任刑法は実現できない。そうすると、刑法の責任概念は刑事政策の要請に譲歩して、「一般的・社会的」責任概念を構想することが必要となる。責任を行為者の状況にいる平均人に関連づける以外の可能性は残されていないように思われる。したがって、刑法の責任は決して現実の責任を意味しない、したがってまた、責任に関連づけられた刑罰を十分に正当化するものでもない。⁽⁶⁴⁾

(二二二)

注

- (1) H.-H. Jescheck, Th. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, § 4 I 1 ff.; R. Moos, StGB-Kommentar, 2004, § 4 Rn 9 ff.; E. Steininger, Strafrecht AT, Bd. 1, 2. Aufl., 2013, 12. Kap Rn 1; D. Kienapfel, F. Höpfel, R. Kert, Strafrecht AT, 14. Aufl., 2012, Z 15 Rn 2. 平野龍一『刑法総論』一九七二年・五二頁は「責任主義は、責任なければ刑罰なし」という原則(積極的責任主義)であり、「責任あれば刑罰あり」という原則(積極的責任主義)ではない。責任主義は犯罪の成立を限定する原則であって、犯罪の成立を拡張する原則ではないと論するが、本文で論じられたところからすると、この二分法は必ずしも適切とはいえない。参照、大谷實『刑法講義総論』[新版第三版]二〇〇九年・三二一頁。
- (2) F. Nowakowski, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1984, Vorbem zu §§ 3-5 Rn 49; Moos, (Fn. 1), § 4 Rn 74; Steininger, (Fn. 1), 12. Kap Rn 1.
- (3) Nowakowski, (Fn. 2), § 49; Moos, (Fn. 1), § 4 Rn 74; Steininger, (Fn. 1), 12. Kap Rn 1; O. Trifflerer, Österreichisches Strafrecht AT, 2. Aufl., 20. Kap Rn 17.
- (4) Kienapfel, u.a., (Fn. 1), Z 15 Rn 22; H. Fuchs, Österreichisches Strafrecht AT, 7. Aufl., 2008, 21. Kap Rn 1; W. Platzgummer, Strafe, Schuld und Persönlichkeitsadäquanz, in: Pallin-FS, 1989, 319 ff., 328 ff., 330; H. Zipf, Der strafrechtliche Schuld begriff, JBl 1980, 186 ff., 193; H. Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974,

2 ff.

- (5) *Triffterer*, (Fn. 3), 20. Kap Rn 16; *Steininger*, (Fn. 1), 12. Kap Rn 1. Dagegen *M. Burgstaller*, Grundprobleme des Strazummessungsrechts in Österreich, ZStW 94 (1982), 127 ff., 134 (量刑責任は犯罪概念にはいる責任に加えて負責である不法を包含する)。

- (9) *Steininger*, (Fn. 1), 12. Kap Rn 2.

- (7) 参照 内藤謙『刑法講義総論(上)』一九八三年・一一一頁以下。

- (8) BVerfGE 9, 167 (169); 20, 323, (331); 25, 269 (285); 57, 250 (275); 86, 288 (313), 95, 96 (140); 123, 267 (413)[Lissabon-Urteil]「刑法は責任原理に基づく。責任原理の前提には、自己の行為を自ら決定し、自己の意思自由によって法と不法を選択決定する人間の自己答責がある。人間の尊厳の保護の基礎には、自由と自己決定」発展する素質を有する精神的・倫理的存在として人間を捉えるべきである」; BVerfG StraFo 2007, 369 (Tz. 22); BVerG NJW 2009, 1061 (1062 f.). Vgl. C. Roxin, Strafrecht AT, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 3 Rn 51 ff.; *Jeschek/Weigend*, (Fn. 1), § 4 I 2, II 2; H. A. Wolff, Der Grundsatz „nulla poena sine culpa“ als Verfassungsrechtstat, AöR 1999, 55 ff.

- (6) A. *Tipold*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2005, § 4 Rn 5, 44 ff.; M. *Karollus*, Zur verfassungsrechtlichen Verankerung des strafrechtlichen Schuldprinzips, ÖJZ 1987, 677 ff.; P. *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen der Strafgesetzgebung, 1993; *Moos*, (Fn. 1), § 4 Rn 12 ff.; *Steininger*, (Fn.1), 12. Kap Rn 2.

- (10) F. *Bommer*, Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Aufl., 2013, Vor Art 19 Rn 32.

- (11) *Steininger*, (Fn. 1), 12. Kap Rn 3.

- (12) *Moos*, (Fn. 1), § 4 Rn 4; *ders.*, Der Begriff der „geringen Schuld“ in § 42 StGB, in: Platznummer-FS, 1995, 84 mit FN 45; *Steininger*, (Fn. 1), 12. Kap Rn 3; *Jeschek/Weigend*, (Fn. 1), § 39 I 1.

- (13) *Steininger*, (Fn. 1), 12. Kap Rn 3.

- (14) *Moos*, (Fn. 1), § 4 Rn 10, 12; *Steininger*, (Fn. 1), 12. Kap Rn 4.

- (15) *Moos*, (Fn. 1), § 4 Rn 18 ff.; *Steininger*, (Fn.), 12. Kap Rn 4; *Jeschek/Weigend*, (Fn. 1), § 38 IV 1.

- (16) E. *Mezger*, Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss, 1938, 72 f.; *ders.*, Die Straftat als Ganzes, ZStW 57 (1938), 675 ff. ベオル・ボンケルメンは生活決定責任(Lebensentscheidungsschuld)として用語を用い、行為責任論を評価しつつも、行為者の人格形成

には、個々的に見ると、非難に値しない行為も寄与しているので、行為者の行状の全体に非難を加えることは適切でなく、むしろ生活決定つまり、悪に向かっつの生活転向という意思的要素に責任の根拠を求めた。*P. Bockelmann*, Studien zum Täterstrafrecht, 2. Teil, 1940, 128 ff., 153. 参照。大谷実『人格責任論の研究』一九七二年・二七五頁以下、川崎一夫「メッサーの性格論的責任論」『創価法学』一〇・一（一九七二）九一頁以下、二〇・一（一九七二）五七頁以下、同「ボッケルマンの行為責任論」『創価法学』三・二（一九七四）一頁以下。なお、ドイツ刑法旧第20条（危険な常習的犯罪者）は一九六九年の第一次刑法改正法により削除されたので、行状責任は今日の意味を失った。

- (17) *R. Moos*, Der Schuldbeginn im österreichischen StGB, in: Triffterer-FS, 1998, 169 ff., 175 f. (邦訳「吉田敏雄「オーストリア刑法における責任概念」」北沢幸國大学『法学研究』三三巻一号（一九九七年）一三三頁以下）；ders., (Fn. 1), § 4 Rn 6 u. 84; *Steininger*, (Fn. 1), 12. Kap Rn 5; *Triffterer*, (Fn. 3), 12. Kap Rn 11; *Fuchs*, (Fn. 4), 6. Kap Rn 11; *F. Novakowski*, Das Ausmaß der Schuld, SchwZStR 65 (1950), 301 ff., 325; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 1), § 4 I 1, § 38 IV 1 f.; *H.-J. Rudolphi*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1989, Vor § 19 Rn 3; *Roxin*, (Fn. 8), § 19 Rn 62; OLG Hamm GA 1969, 26.
- (18) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 1), § 37 I 1.
- (19) *Th. Rittler*, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts AT I, 2. Aufl., 1954, 153 ff.; *Triffterer*, (Fn. 3), 12. Kap Rn. 14 ff.; *H. Fuchs*, (Fn. 4), 2. Kap Rn 30 f., 21. Kap Rn 4; *H. Roeder*, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, JBl 1964, 229 ff.
- (20) BGHSt (GS) 2, 194 (200); Dazu *Triffterer*, (Fn. 3), 12. Kap Rn. 14 ff.; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 1), § 37 I 2 a..
- (21) *Moos*, (Fn. 1), § 4 Rn 55; *Steininger*, (Fn. 1), 12. Kap Rn 7.
- (22) *Th. v. Aquin*, De Veritate, quaestio 24, art. 7, corpus articuli. Vgl. *Jescheck/Weigend*, (Fn. 1), § 37 I b; *Steininger*, (Fn. 1), 12. Kap Rn 7.
- (23) *K. Hilbert*, Die Idee der Menschenwürde aus der Sicht christlicher Theologie, in: *H.-J. Sandkühler* (Hrsg.), Menschenwürde. Philosophische, theologische und juristische Analysen, 2007, 41 ff., 43. Vgl. *Steininger*, (Fn. 1), 12. Kap Rn 7.
- (24) *I. Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1781, 1787, A534/B562 (邦訳「有福等訳『純粋理性批判』中』（カント全集五）二〇〇三年）；Dazu *Moos*, (Fn. 1), § 4 Rn 54 ff. mit FN 122.
- (25) *Moos*, (Fn. 1), § 4 Rn 55.

- (26) *Moos*, (Fn. 1), § 4 Rn 54.
- (27) *Moos*, (Fn. 1), § 4 Rn 56.
- (28) *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., 1976, 197 ff.
- (29) *I. Kant*, Die Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (Herausgeber *Vorländer*, 1922/1966, II. Teil, 1. Abschnitt, Allg Annm E1 (邦訳「樽井正義／池尾恭一『人倫の形而上学』カント全集一)二〇〇二年一七八頁以下)。なお「カント自身は意思自由の経験的証明のないことを認めていた。その二元体系によると、人間の性質は肉体的・経験・因果関係的部分と、道德的・積極的・「形而上学的」精神的部分に分けられる。後者が、「実践理性」の要求に応じて、自己定立された「義務の「定言的命令」によって前者に超越する」Vgl. *Moos*, (Fn. 1), § 4 Rn 59 mit FN 123.
- (30) *G. W. F. Hegel*, Rechtsphilosophie, 1821, § 100 (邦訳「藤野渉／赤沢正敏『法の哲学』(世界の名著四四『ヘーゲル』一九七八年)所収)。
- (31) *Hegel*, (Fn. 30), § 82.
- (32) *Ch. R. Köstlin*, System des deutschen Strafrechts, Abt. AT, 1855, 128.
- (33) *K. Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, 1, 2. Aufl., 1914, 270 ff. Dazu *Achenbach*, (Fn. 4), 27 ff.; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 1), § 38 II 1.
- (34) *Moos*, (Fn. 1), § 4 Rn 59.
- (35) Vgl. *R. Moos*, Positive Generalprävention und Vergeltung, in: *Pallin-FS*, 1989, 283 ff., 286.
- (36) *Moos*, (Fn. 35), 286.
- (37) *Moos*, (Fn. 35), 285 f.
- (38) *Moos*, (Fn. 35), 286.
- (39) *F. v. Liszt*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. II, 1905, 52.
- (40) Vgl. *Moos*, (Fn. 35), 287.
- (41) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 1), § 37 I 1.
- (42) Begründung des Regierungsentwurfs zum StGB, 1962, 96.
- (43) *Kaufmann*, (Fn. 28), 208.

- (44) *Kaufmann*, (Fn. 28), 208. *ders.*, Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht, Jura 1986, 225 ff. (人間が具体的状況下で自由に決定でき、自由に行動できたか否かを精確に証明することはできない。しかし、自由をそもそも疑問視することはできない。というのは、人間の実存的自由は結局のところ人間の精神的自己決定能力と一致するからである)。
- (45) *E. A. Wolf*, Kausalität und Tun und Unterlassen, 1967, 62, 64 f.
- (46) *M. Köhler*, Strafrecht AT, 1977, 348.
- (47) *B. Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik, GA 1986, 293 ff.
- (48) *B. Schünemann*, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: *B. Schünemann* (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 163 ff.
- (49) *K. Lachner*, Prävention und Schuldunfähigkeit, in: *Kleinknecht-FS*, 1985, 245 ff, 249. それゆえか、近時は「脳研究に基づく神経生理学的決定論が主張されている。願望、目標及び行為を自由に決定できるという感覚は、その感覚が存在するということが否定しようがないが、完全な仮象である。実際には、人の決定は、自分の決定を自覚する前に、大脳辺縁系においてあらかじめ決定される。端的に表現すると「人は望むことをするのではなく、望むことを望む」。したがって、責任主義は否定されるべきだ」。 *W. Prinz*, Freiheit oder Wissenschaft?, in: *M. von Grunach, K. Föppe* (Hrsg.), Freiheit des Entscheidens und Handelns, 1996, 86 ff., 98. *W. Singer*, Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung, 2003; *G. Roth*, Willensfreiheit, Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie des Menschen aus der Sicht der Hirnforschung, in: *Lampe-FS*, 2003, 43 ff.; *ders.*, Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert, 2003. これに対しては様々な批判がある。決定の自覚に先立つ決定があるという実験結果の言明力に疑問があるという点は別にして、実験の解釈は原因を根拠と取り違えているのかもしれない。決定のような精神過程の基礎には脳におけるニューロンの事象があるということとは、なるほど、その両者の間に何らかの結びつきのあることを示しているが、しかし、その事象が決定を決めることを示していない。因果関係の科学としての脳研究はその方法論からして「根拠」に関する言明を下せない。仮に神経生理学的決定論が正しいとしても、責任非難が社会的に考慮された基礎に基づきかぎり、刑法は責任非難を放棄すべきではないとみられる。 *Bommer*, (Fn. 10), Vor Art. 19 Rn 9; *H. Schöch*, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch Bd. 1, 12. Aufl., 2007, § 20 Rn 26; *K. Kühl*, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., 2007, Vor § 13 Rn 26a; *Th. Lenchner, J. Eisele*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., 2010, Vorbem § 13 Rn 110a. など。最近の神経生理学的脳研究の知

- 見を紹介したものの、*F. Streng*, Schuldconcept und Hirnforschung, in: Jakobs-FS, 2007, 675 ff.
- (50) *J. Baumann u.a.*, Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches AT, 1. Aufl. 1966, 2. Aufl., 1969.
- (51) *W. Gallas*, Zum gegenwärtigen Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968), 1 ff.
- (52) *H. J. Hirsch*, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 106 (1994), 746 ff., 763 f. (邦訳「吉田敏雄」刑法における責任主義とその機能」北海道大学『法學研究』三十一巻三号(一九九六)四九一頁以下、五〇三頁以下); *ders.*, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, in: *E. Piyuaczevski* (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie, 1998, 201 f. Zustimmung *E. Dreher*, Die Willensfreiheit. Ein zentrales Problem mit vielen Seiten, 1987, 59, 383 ff. (刑法において自由の問題は「避けて通れる問題ではなく、運命を決する問題そのもの」である。自由と責任は人間が共同生活を行ううえで放棄せねばならない要素である。「人々は自分たちが体験している現実以外の現実をもたないのは周知のことだから、責任主義は思想上の証明も経験的証明も要しない。むしろそれは証明の必要領域の外側にある」。A. Gröf, Prävention und Schuldstrafe. Zum Problem der Willensfreiheit, ZStW 98 (1986), 28 ff.; B. Burkhardt, Schuldprinzip – Unrechtsbewusstsein – „Schuldtheorie“ – Vermeidbarkeit des Verbotstittums, in: A. Eser, B. Burkhardt, Strafrecht I, 4. Aufl., 1992, 163 ff.; Schöch, (Fn. 49), § 20 Rn 23; Lencker/Esiele, (Fn. 49), Vorbem §§ 13 Rn 110; J. Wessels, W. Beuke u. H. Satzger, Strafrecht AT, 43. Aufl., 2013, § 10 Rn 397 「倫理的に成熟した、精神的に健康な人間の答責原則はわれわれの社会存在の覆すものの現実にある。V. Krey, R. Eser, Deutsches Strafrecht AT, 5. Aufl., 2012, § 20 Rn 689 「意思自由を仮定するとなしな人間の共同生活の準則としての禁止、命令の規範化は無意味である」。
- (53) *Roxin*, (Fn. 8), § 19 Rn 36 f.
- (54) *Roxin*, (Fn. 8), § 19 Rn 46.
- (55) *W. Platzgummer*, Die „Allgemeinen Bestimmungen“ des Strafgesetzentwurfs im Licht der neueren Strafrechtsdogmatik, JBl 1971, 236 ff., 243; *ders.*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1980, Vorbem. Vor §§ 18–20, Rn. 5.
- (56) *Platzgummer*, (Fn. 4), 325.
- (57) *Platzgummer*, (Fn. 4), 327.
- (58) *Platzgummer*, (Fn. 4), 321 ff. Zustimmung *Tschulke*, Rezension der FS Pallin, ÖJZ 1989, 764 ff., 765; P. Lewisch, (Fn. 9), 237 ff.
- (59) *Trüfner*, (Fn. 3), 12. Kap Rn 14 ff. Vgl. *Zipf*, (Fn. 4), 186 ff.

- (60) D. Kienapfel, Grundriß des österreichischen Strafrechts AT, 6. Aufl., 1996, Z 2 Rn 9.
- (61) Fuchs, (Fn. 4), 2. Kap Rn 32 ff.
- (62) R. Moos, Die gesellschaftliche Funktion des Strafrechts und die Strafrechtsreform, Österreichische Richterzeitung 1977, 229 ff., 232 f.
- (63) G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht AT, 4. Aufl., 2011, § 2 Rn 4 ff.
- (64) Vgl. Bommer, (Fn. 10), Vor Art 19 Rn 18 「一般的他行為可能性」° P. Noll, S. Trechsel, Schweizerisches Strafrecht AT I, 6. Aufl., 2004, 148 「法 じらわけ刑法は『普通の』人間の答責から出立しなければならぬ」たてえつたが虚構 (Fiktion) なつてつゝ」°

Schuld (1)

Toshio YOSHIDA

Erstes Kapitel Schuldgrundsatz und Schuldbegriff

- (1) Bedeutung des Schuldgrundsatzes
 - A. Strafbegründende, strafschützende und strafbegrenzende Funktion
 - B. Verfassungsrechtliche Absicherung
- (2) Bedeutung des Schuldbegriffs
- (3) Zur Problematik der Willensfreiheit
 - A. Geschichtliche Entwicklung im deutschsprachigen Raum
 - B. Gegenwärtige Situation im deutschsprachigen Raum
 - 1. Deutschland
 - 2. Österreich
 - 3. Die Schweiz

(Die Fortsetzung folgt.)