

|      |                          |
|------|--------------------------|
| タイトル | 責任（５）                    |
| 著者   | 吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio    |
| 引用   | 北海学園大学法学研究，51(3)：235-278 |
| 発行日  | 2015-12-30               |

# 責任 (5)

吉 田 敏 雄

責 任 (5)

|                                     |                   |
|-------------------------------------|-------------------|
| 目 次                                 | 1                 |
| 総説 責任主義と責任概念                        |                   |
| (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                            |                   |
| (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                 |                   |
| B ドイツ語圏刑法学の現状                       |                   |
| a ドイツ                               |                   |
| b オーストリア                            |                   |
| 2 責任概念の歴史的・理論的發展——心理的責任概念から規範的責任概念へ |                   |
| (4) 意思形成における心理的現象                   |                   |
| c スイス                               |                   |
| C 日本における意思自由に関する学説                  | (以上第五〇卷第二号二〇一四四年) |
| a 木村亀二                              |                   |
| b 團藤重光                              |                   |
| c 平野龍一                              |                   |
| d 福田平                               |                   |
| e 中山研一                              |                   |
| f 評価                                |                   |

- (1) ドイツにおける責任概念の変遷
- A 歴史的経緯 (以上第五〇巻第三号Ⅱ第四号二〇一四年)
- B 現在の責任概念
- a ミュラー＝ディーツ説
- b イエシエック説
- c バオマン／ヴェーバー／ミチュ説
- d シエヒ説
- e 機能的責任概念
- aa ロクスイーン説
- bb ヤコプス説
- cc シュトレング説
- f 性格責任論
- g 責任主義不要論
- (2) オーストリアにおける責任概念の変遷
- A 歴史的経緯
- B 現在の責任概念
- C 一般的免責事由としての期待可能性の賛否
- (3) スイスにおける責任概念の変遷 (以上第五一巻第一号二〇一五年)
- (4) 日本における責任学説
- A 近代学派の社会的責任論 (いわゆる性格責任論)
- B 個人道義的責任論
- a 国家道義的責任論
- b 人格責任論
- 3 (1) 刑法、法的責任、法的刑罰、量刑及び修復
- (2) 刑法
- (3) 不法
- (1) 刑法
- (2) 不法
- (3) 法的責任としての客観的・社会倫理的責任
- A 規範的内容
- B 規準
- C 行為責任と行為者責任 (性格責任)
- (4) 法的刑罰
- (5) 量刑
- A 量刑の尺度規準としての責任
- B 責任と予防の関係
- (6) 裁判外行為和解 (以上第五一巻第三号二〇一五年)
- C 個別行為責任論
- a 福田説
- b 西原説
- c 大谷説
- d 内田説
- e 内藤説
- f 評価
- D 非個人道義的責任論
- a 木村説
- b 平野説
- c 堀内説
- d 増田説

### 3 刑法、法的責任、法的刑罰、量刑及び修復

#### (1) 刑法

いかなる法制度といえども、その礎にある政治制度を反映せざるをえない。啓蒙的絶対主義の下では、トマス・ホッブズ（一五八八—一六七九）が説くように、国家契約において国民自身が主権者であっても、主権者は全能のレヴィアタンとして市民を安全と秩序へと強制するのである。この国家体制では、法というのは外在的強制規範であって、他人の犠牲において自分の自由を広げすぎる者に遮断機を指し示すことによって、万人の最大限の自由を保障するものだった。この系譜に連なるパオル・ヨハン・アンゼルム・フォン・フォリエルバッハ（一七七五—一八三三）の心理強制説にみられるように、人間というのは、本能と衝動に駆り立てられる存在であるので、威嚇の監獄に閉じ込められる必要がある。人間は狼となりうる存在であり、法というのはこれを守る放し飼いの畜舎である。この国家体制における最大の美德は強制的行為規範たる法への服従である。法概念は外在的、形式的そして硬直的である。個人は国家権力に服する。個人は国を恐れねばならない「法に屈服させられた者」である。かかる法概念が官憲国家、警察国家を支えてきたのである<sup>(28)</sup>。

しかし、現代の自由主義的、民主的社会国、法治国においては、その主権者は国民である。国民は法の名宛人に過ぎないのではなく、その創出者でもある<sup>(29)</sup>。こういったシステムの下では、法は、個々人または一般の人々の正しい行動に関する、外面的に法律の形となって晶出された社会の確信以外の何物でもない。法の基礎を提供するのが不文の

文化的所与の社会倫理である。もっとも、社会倫理は法に代わりえないし、それ自体として妥当性を要求し得ないし、そうすることも許されない。しかし、社会倫理的基礎なしには、いかなる法システムも存在し得ない。法と社会倫理の関係を放棄することは、社会の基本的合意の根源を断ち切ることになるだけでなく、権力の濫用を許容することに繋がる。それ故、法は、行為者の内的価値態度を重要としない外在的秩序、強制規範としてだけでなく、実質的に、社会的、倫理的価値結合の表現として理解されるべきものであるから、啓蒙的絶対主義の古き精神は駆逐されねばならないのである。<sup>(28)</sup>

したがって、モースが指摘するように、<sup>(29)</sup> 刑法の權威は、国の形式的、外在的力の請求、外在的強制力からつくり出されるのではなく、社会の支配的価値確信からつくり出されるのである。法の妥当要求は、法の内的權威から流出する。形式的法思维は実質的思維を補充するものでしかない。<sup>(30)</sup> 現行法システムは人々の共通の価値意識を基礎とする法の社会統合的理解を要求するのである。刑法は人々に外在的に法として与えられるというものではなく、人々の意思によって担われていなければならない。そうすると、犯罪は、国の無条件の權威要求に対する侵害ではなく、社会倫理ともなる価値確信からの逸脱を意味するのである。社会倫理的に耐え難い行為についての規範がすべての者を拘束しなければならぬという一般的社会倫理的意識によつてはじめて、刑法は内容的にその生命力を維持し、生き生きと存在しうるのである。この意味で、法の本質は、社会の構成員の意思によつて形成され、内容的に担われ、そして、法に従うように人々に訴える「精神的力」にある。換言すると、法概念は内面化され、実質的そして動的なものとなる。<sup>(31)</sup> もっとも、法の外在的妥当根拠は、形式的には、憲法適合的機関の正統な立法行為にある。<sup>(32)</sup> 刑法は、もはや、道德権威としての立法者が市民にそれ自身の道德的価値判断を恣意的に押し付ける手段としての外在的規範、鞭として理解

されるべきでなく、それどころか、第一次的には、社会倫理の表現として理解されるべきものである。そうして初めて、事情に応じて、実定刑法を厳格にも寛大にも解釈することが可能となる。<sup>(30)</sup>

刑法は、平和的且つ秩序ある人間の共同生活を著しく攪乱する行為、しかも、刑罰規範によって補完的に保護される法益の尊重要求を侵害する行為に適用される。すなわち、刑法は、適切な反応形態を用いた社会統制によって、個人が法規範を遵守するという法共同体の期待の動揺を除去し、法的平和を維持し、恢復しなければならぬ任務を有している。<sup>(31)</sup>ここに法的平和の恢復とは、「思慮深い、法的に思惟する市民」が法違背に関して再び落ち着きを取り戻すことを意味する。さもなければ、ディーター・デリング（\*一九五二）が指摘するように、法的平和の恢復が、情動の人々や大衆媒体機関の態度によって左右されかねないことになる。

刑法に修復も、つまり、被害者への所為結果の修復を組み込むことも必要である。なぜなら、法的平和の恢復は、被害者への修復によっていっそうよく達成されうるからである。社会の一般的価値意識の表現としての法は、一般の人々の意識において社会的平和を恢復するのである。さらに、被害者の利益を考慮することは、連帯社会の要請、つまり、現代の社会国原理の要請に対応する。アルビン・エーザー（\*一九三五）が指摘するように、被害者利益の満足は、刑事司法の副次的事柄としてではなく、その不可欠な構成要素として理解され、扱われなければならない。すなわち、刑法は、シュトラーターヴェルト<sup>(32)</sup>やマリアンネ・レシュニツク<sup>(33)</sup>グシユパンドウル（\*一九六六）の指摘のように、<sup>(34)</sup>刑罰の目的、つまり、一般予防、特別予防の目的によってばかりでなく、修復によって果たすことができなければならない。修復は、一般予防、特別予防と並んで、法的平和の恢復の部分側面と見られねばならない。そうす

ると、法的平和の恢復は必ずしも予防とは一致しないのである。

共同意思の侵害としての犯罪は、相応の社会的定義により帰属させられる。行為者によって侵害された法は、有責行為の社会倫理的非難を要求し、犯罪によって否定された価値の一般的内的承認の恢復を要求する。なぜなら、法は社会の構成員の対応する価値への内的統合を内容としてもっているからである。ここに「法に基づいて妥当する価値秩序」に関係する「価値妥当確証」が問題となっている。法定刑から自動的に科刑が生ずるのではない。さもなくば「法の力の確証」が妥当するにすぎないことになろう。すなわち、いわゆる「法確証」は、法概念に対応して、形式面では「法の力の確証」を、実質面では「価値妥当確証」の両面を含んでいる<sup>(37)</sup>。

刑法は、国を恐れなければならない「法服従者」に權威的に対峙するのではない。行為者の刑法との衝突は、個人の社会との紛争として理解され、社会的紛争に変わる。そうなると、犯罪者は、なるほど法違反者ではあるが、敵ではなく、それどころか、議論の当事者たりうる<sup>(38)</sup>。それ故、犯罪者は抹殺されたり、追放されたり、はたまた烙印を押されるべき存在ではない。いかなる社会も犯罪に共同責任を負っているからでもある。犯罪者は、先ずは、法規範の受け入れ宣告をする必要がある。紛争は、行為者が規範へ再統合されることにより、解決可能となる。刑法は犯罪者に、「お上」に従い、服従することを期待するものではないということである。

## (2) 不法

不法非難は所為に關係し、責任非難は行為者に關係する。責任に關係する不法が概念論理的に責任の前提である。上述した法概念の理解は犯罪概念としての責任のみならず、不法にも反映される。社会生活を規律する法規範は、名宛人としての人々に影響を与えて、法に誠実な行為をとらせることを目的とする。したがって、法規範は行為者によって招来された状態を客観的に評価する（いわゆる評価規範）だけでなく、行為者に対しても特定の状態をこれから招来する、あるいは惹起しないように訴えかける機能を有する（いわゆる命令規範）。評価機能が命令機能に論理的に先行するのでなく、両機能は同時に結びついている。法規範が義務づけの力をもつのは、名宛人が具体的場合において身体的にそれに従うことができる場合に限られる。法規範の違反行為は法規範に對抗する意思によって生ずるのであるから、不法はその根源において主観的なものである。すなわち、不法は行為と結果、それらに対応する意思から成り立つ。不法の基礎にあるのは、所為の対象と態様に關連する欠陥のある行為制禦である。これに対して、責任においては、法規範の訴えに対する対抗動機づけが問題となる。<sup>(39)</sup>

構成要件の次元で、不法を基礎づける二つの要素、行為無価値と結果無価値が区別できる。故意の既遂犯では、不法は結果の招来に尽くされるのではなく、故意によって担われた結果招来の態様も加えられねばならない。客観的に決まる法益毀損に加えて、行為者の主観を基に判断されるべき行為の義務違反が問題となる。結果無価値は不法の客観的側面に關係する。その中核であり、準拠点となるのが法益毀損、つまり、所為によって招来された無価値（具体的損害）である。既遂の結果犯では、結果無価値は、帰属可能な形で招来された結果、つまり、所為客体の侵害又は危

始化である。結果無価値は毀損がどの程度持続的に応じて量化できる。結果無価値の結果不法としての帰属のためには、結果の客観的帰属が認定されなければならない。行為無価値は、不法の主観的側面、つまり、行為の態様に關係する。故意犯では、その中心的構成要素は、直接的に規範の命令に反する行為意思である。行為無価値も、行為者の法益侵害意思がどの程度強力かに応じて量化できる。行為無価値の行為不法としての帰属のためには、社会的に不相当な危険な行為が認定されなければならない。行為不法と結果不法の間には、行為不法は結果不法なしでも考えられるが、結果不法は行為不法なしには考えられないという事物論理的連関がある<sup>(30)</sup>。

### (3) 法的責任としての客観的・社会倫理的責任

#### A 規範的内容

犯罪概念の最後を飾るのが責任である。責任主義は、責任の意味内容が明らかにならないかぎり、全く無意味であることは云うまでもない。先ず、責任について先ず指摘されるべきは、ハンス・ルートヴィッヒ・シュライバー<sup>(31)</sup>（一九三三）が指摘するように、自由な人間の個人的道義に照準を合わせる責任刑法は既に終わりを告げているということである。上述のように理解された法概念、そして、基本的、一般的に自由な決定の証明ができていないし、意思自由を存在認識であると解しても事情は変わらないこと、仮にその証明が可能であるとしても、それでも、犯行時の具体的状況における人間の決定自由の経験的、実践的証明が不可能であるということ、このことは近時の脳神経生理学的研究成果によっても補強されるところである<sup>(32)</sup>し、加えて、人格の深層探求の代価は大きすぎることに鑑みると、<sup>(33)</sup>個人の内的道義に向けられない、このような問題から解放された刑法の責任概念が要求されよう。さもなければ、刑事法廷で犯行時の具体的状況における人間の決定自由というものが証明できない以上、人間の決定自由に基づく非難

は責任推定を意味することとなり、このことは「疑わしきは被告人の利益」の原則に反することになる。それのみならず、責任非難を選択自由の濫用に基づくせると、行為者に犯行時の自由な決定が容易にできたといえるほど、責任はそれだけ重くなることになるが、悪しき性格は責任を減少させるという不都合な帰結になる。<sup>(34)</sup> そうすると、行為者の意思自由の問題に立ち入らない、つまり、個人的道義責任から解放された行為者の責任というのは、個人道義的非難にあるのでなく、犯罪に表現された、行為者の内的規範結合の欠如が、個別構成要件において法的に承認せられた価値と衝突しているという社会倫理的な非難にあるということになる。<sup>(35)</sup> それは、ノヴァコフスキーの基本思想の影響下にあるオーストリア刑法第四条、第三二条に、体系的にも模範的形で表現されていると云えよう。<sup>(36)</sup> 行為者の意思形成が社会の要求にあっていない。行為者の誤った心情が、法に誠実な思慮をし、しかも、行為者の当該状況におかれた他の市民の態度に合致しない。責任非難は、法の期待が比較規準人との関係で失望させられたことを表現しているものであり、「価値結合が欠如している」ということの責任非難は規範の呼びかけによる一般的規範的応答可能性に縮減される」のである。<sup>(37)</sup> すなわち、法的責任は客観的、社会倫理的判断であり、不法と同様に、社会学的帰属である。というのは、たしかに、行為者の精神において、不法ないし責任関係の心理、生物学的要素を認識し、証明することはできるが、しかし、責任判断はそれで満足するものではない。行為者の人格、動機に関する社会倫理的価値判断が負わせられるのである。それが責任であり、不法な法益侵害者のなかに反道義的人物を見るのではなく、社会共同体にできるだけ再統合されるべき非行者を見るのである。このように理解された責任概念は、個人の意思自由の濫用ではなく、他の人々の比較となる道義にのみ関係している。したがって、行為者を道義的に見くびったりすることは避けられることとなる。<sup>(38)</sup> それ故、このように客観化された社会・比較的责任概念は、刑罰がその本質上、個人道義的にしか正当化されえない応報であるというようなことをおよそ正当化しえないのである。責任主義と応報刑

の密接な結合は刑法理論的にはもはや許されない<sup>(30)</sup>。

## B 規 準

個人の能力は、一括して誰にでも可能なもの、つまり、社会・比較的尺度へと移される。法秩序によって保護される価値を尊重すべしとの法秩序の呼びかけによる人々の規範的応答可能性は、全市民のために肯定される。それが行為者にとって犯行時において現実<sup>(31)</sup>に所与のものであるか否かは、依然として未解明である。規準となるのは積極的平<sup>(32)</sup>均であり、個々の人にとってそれは擬制となる。それは一般的能力でしか量られないのであり、この能力が当為となる<sup>(33)</sup>。

この規範的責任概念は、法適合的<sup>(34)</sup>意思形成の期待可能性（規範的責任要素）のなかに非難可能性を見るのだが、この期待可能性はいかなる規準によって判断されるべきかの問題で先鋭化する。それは、行為者の状況におかれた行為者に対応する比較規準人の行動によって具体化される。行為者には、もはや比較規準人によって擁護される以上のことを負責させられることはない。しかし、それでも行為者をできるだけ正しく評価するために、客観的行為期待は二重の観点でできるだけ広範囲に個別化される。誰にでも尺度となるような一般的平均人<sup>(35)</sup>なる者は存在しない<sup>(36)</sup>。なぜなら、人々はその行為形態においてすべて等しいというわけではなく、したがって、この変異幅が非難されるべきことにはならない。すなわち、第一に必要なことは、尺度として適切な比較規準人を個別行為者の性質によって、つまり、年齢、性別、身体属性、精神能力、職業、教育、生育歴、生活経験等によって行為者に等しく考えることが必要である（個別化された規準人）。第二に、具体的事案で、動機づける外的事情に照明が当てられる。基本的には、先ず、行

為者の惡しき性格は度外視される。行為者の代わりに、その内的な法的誠実が確定される点でのみ行為者と異なる虚構的他人との比較によって、行為者の内的態度が非難されうるか否かの判断が可能となる。すなわち、責任非難にとり、行為者が実際に他の行為ができたということは前提とされないのであって、行為者には、経験的に認定可能な（自由であれ、決定されているのであれ）心理的操縦能力があり、したがって、具体的事案で規範的応答可能性があったということでも十分なのである。<sup>(36)</sup>

### C 行為責任と行為者責任（性格責任）

責任の重さの価値尺度は所為の不法内容である。現実化した不法の非難可能性の程度は個別行為責任から生ずるが、これは、一方では「行為責任」から、他方では「行為者責任」から成る。社会倫理的に理解された責任概念は、「行為者責任」の分だけ個別行為責任を拡大するのだが、それは心情が責任非難を担っているからである。<sup>(37)</sup>

行為責任は、行為者が具体的事案で不法の決断をしたことに結びつく。この要素によると、法的に理想的な比較規準人が具体的状況で法に誠実な判断をしただろうということから責任非難が生ずる。具体的事案における法的に誠実であることの欠如が一般的にはなるほど予期しえないが、しかし、法に誠実な特性を有する他の人には少なくともも当然だと思われえた場合、その法敵対的心情は非難可能であるが、しかし、この非難は減少する。しかし、欠如自体が特別の外的所為事情による異常な精神的圧迫に基づき、おそらく所為への動機に屈したといえる場合、例えば、絶望的気分とか苦境からの場合、法に誠実な動機の期待可能性、したがって、責任非難が完全に消失する。その際、行為者自身が法に誠実な気持ちの人か否かは重要でない。所為動機のこの様々に大きな非難可能性の故に、責任は程度の

つけられる漸増（比較変化）概念なのである。

しかし、行為責任だけが考慮されるなら、根深い性格の欠陥、すなわち、行為者の法的に保護された価値に対する敵対的又は無関心な態度が刑の減輕効果をもたらざるをえなくなろう。それは周知のように行為者には犯罪行為への誘惑に対する抵抗力がそれほどなかったからである。しかし、それは不合理な結論であらう。責任の要素は、行為者の人格状態が「規準にふさわしい人間」のそれから逸脱しているということにもある。法は一定程度の人格を要求しているのである。この要求に達していない者は、行為時のその人となり、つまり、人格に責任を負うのである。行為者がその現在の自分に基本的にはどうしようもできないとしてもそうなのである。責任のこの要素が「行為者責任」、「性格状態責任」又は「人格責任」とも呼ばれる。しかし、この場合、行為に表現された、行為時の行為者の人格状態が問題となっているのであって、行為者が自分自身に対して道義的失敗を犯しているということは、犯行時点であれそれまでの生活経過であれ、責任の対象とはならないので、行為者責任が行状責任に転落するということはない<sup>(四)</sup>。

責任判断に当り、行為責任と行為者責任は相互補充関係にある。その際、次の点に注意しなければならない。行為者の人格構造が規準にふさわしい人間のそれから逸脱するほど、行為責任は抵抗力の欠如という側面の下でそれだけ軽くなるが、これに逆比例して行為者責任は重くなる。しかし、犯された所為の範囲内でのみ、行為者人格は社会倫理的に評価される。行為者責任は不法関係のない行為関係的である限り、行為者責任から生ずる刑罰が心情刑法になることはない<sup>(五)</sup>。行為者責任はなるほど心情無価値であるが、しかし、これは不法内実、しかも行為無価値と結果無価値を通してのみ存在する。反社会的心情それ自体が処罰されるのではなく、それが特定の所為に係属していること

が処罰される。行為責任は、行為者責任を完全に顧慮するなら相当かもしれない過剰な刑罰から行為者を保護するのである。行為者責任は行為責任の枠内で付加的に加重的な働きをもつということである。<sup>(29)</sup>

現行刑法第五六条及び第五九条の定める累犯加重規定はすこぶる問題である。犯罪概念としての不法は犯罪概念としての責任に依存しない。しかし、責任は不法に依存している。犯罪概念としての責任は行為責任である。一方で、責任は不法(行為無価値と結果無価値)に関係し、不法は行為者の責任に反映される。したがって、不法が軽ければ、それに相応して責任も軽いし、不法が重ければそれに相応して責任も重い。殺人行為者の責任は傷害行為者の責任よりも重い。この意味で、責任は相対的概念である。他方で、責任は具体的犯罪の不法の範囲内で増減する。殺人行為者の責任は不法の範囲内で増減するのである。この意味で、責任は絶対的概念である。<sup>(30)</sup>かくして、累犯加重規定は不法の重さと関係なく加重するもので、行為責任主義に反していると云えよう。なるほど同種の法益侵害が繰り返された場合、一方で、行為者の意思エネルギー、つまり、行為不法の加重が認識されるかもしれない。不法加重の範囲内で、責任もそれに応じて重くなるかもしれない。しかし、一方で、同種の前歴がかなり昔に遡り、それ故、現在の行為責任の判断にとってはもはや規準を与えないかもしれない。他方で、第三者の犯罪促進的影響に帰せられる事例があるかもしれない。さらに、現行法によると、法益侵害が異種の場合でも、刑の加重が可能である。そのなると、累犯加重規定は、法敵対的または法に無関心な性格欠陥それ自体を社会倫理的判断に服させていると云えよう。図式的刑の加重が不法関係の行為者責任の壁を突き破っていること、それ故、行為責任主義と調和しないことに争いようがない。<sup>(31)</sup>

上述(2)(4)(Cf)したように、応報が素材であり、これから刑罰は作られるが、しかし、刑罰は予防的必要性に従つてのみ適用されるべきとのいわゆる統合説が主張されている。刑罰は専ら責任のために応報として科せられるというのではなく、将来の犯罪を防止するためという目的への手段として科せられる。応報は独立の刑罰目的としては認められないが、予防の観点によつて維持されることになる。<sup>(32)</sup>この伝統的統合説は、特別予防と一般予防に譲歩を示しているが、しかし、個人道義的正義理念とここから生ずる責任刑の基本原理としての応報を放棄していない。この説は拒絶されるべきである。なぜなら、この説は個人道義的見解に対して喚起されるあらゆる異議に晒されるからである。<sup>(33)</sup>

#### (4) 法的刑罰

不法と責任は社会倫理という同一概念で交わっている。不法においては、社会倫理は社会的相当の外的制禦という誰にでも向けられる規範が無視されたことに關係し、責任においては、社会倫理は行為者に要求される社会的相当の内的制禦、つまり、内的価値結合が不十分であることに關係する。不法非難も責任非難もともに過去と現在に目を向ける。それ故、刑罰の第一次の正当化は予防にあるのでなく、叱責的反応それ自体にある。<sup>(34)</sup>刑罰は、行為者に対し法違反行為の社会的無価値を表現するものである。端的に云うと、それは責任調整として機能する。刑罰による責任調整は価値妥当性意識の回復にある。責任刑は、過去を見て、一定の刑罰害悪によつて内的社会非統合の重さの特徴づけるのである。個人責任のこの社会的価値性の故に、責任調整は形而上的調整ではまったくなく、社会的調整なのである。<sup>(35)</sup>過去に目を向けるからといって、責任刑が応報刑になるというものではない。責任刑は同時に未来に目を向ける、つまり、一方で、行為者をそのなお存在する内的法結合において強化し、さらなる犯罪を予防する。この積極的特別予防は、具体的行為者に刑法上保護される価値を尊重するための動機を奮い起こさせようとするものである。そ

れ故、責任刑は生命刑を許さないものである。他方で、所為によって影響を受けた法的平和の攪乱に立ち向かい、行為者によって侵害された社会倫理的行為規範の社会心理的価値妥当性を回復し、強化する。この積極的一般予防は潜在的行為者に刑法上保護される価値を尊重するための動機を奮い起こさせようとするものである。法に誠実な市民としての応報刑は国に正義の実現義務を課し、責任あれば刑罰ありに傾くが、積極的一般予防刑は人々の内的規範結合に必要な限りで刑罰を利用する。積極的一般予防は人々の応報欲求の満足とは関係がない。このように、積極的一般予防と積極的特別予防、つまり、規範の統合力に関係する統合予防<sup>(38)</sup>は客観的・社会倫理的責任概念に随伴して展開されるのである。そうすると、刑罰の意味と目的は一体を成すことになる<sup>(39)</sup>。

それでも、消極的一般予防、つまり、「恐怖とわななき」の威嚇効果に基づく精神的抑圧による人々の犯罪予防というものの存在意義を完全に否定することはできない。なるほど、たいていの人々が犯罪行為に出ないのは、刑罰を恐れるからというのではなく、他人の権利を自ら尊重するからである。したがって、刑罰の威嚇効果だけで規範の生命を維持することはできないのであるが、それでも、消極的一般予防は、内的社会化の欠如している犯罪傾向の進んだ人の場合のように、統合予防が十分に働かないが、法が保護されねばならない場合に意味をもちうる。もともと、威嚇効果というのは、法定刑による警告、刑事訴追から自ずと生ずるので、裁判官が消極的一般予防を量刑において考慮する必要はない。この意味で、消極的一般予防は、第一の、つまり、積極的一般予防が働かない、それ自体として不都合な事例に対する第二の防衛線を構築するにすぎない<sup>(40)</sup>。消極的一般予防は、害悪賦科を手段とする威嚇をその本質的要素とするので、刑罰を応報と結びつけることを可能とする。しかし、客観的・社会倫理的責任概念は消極的一般予防とも応報とも関係がない<sup>(41)</sup>。

有責でない、責任無能力者の処罰は威嚇予防の効果を高めることになるだろう。自らは刑罰威嚇によって影響されない、例えば、精神的、心理的障碍あるいは回避できない禁止の錯誤の場合のように、こういった人の処罰によっても威嚇予防的效果を得ることができる。バオルマンが指摘するように、<sup>(30)</sup> 純粹な結果刑法は、なるほど、実際に精神的または心理的に障碍のある誰にも影響を及ぼすことはできないだろう。しかし、なるほど、こうした制限の下にはないが、必要であれば、刑罰阻却事由の仮構によって処罰を免れることを望むことのできる、あらゆる潜在的犯罪者には威嚇的作用がある。法に誠実な市民であっても、他人の法益の一切の侵害をできるだけ排除するため、その注意を最高度に緊張させなければならなくなる。責任主義は、無拘束の一般予防目的追求の帰結である国の刑罰可能性に対して重要な柵を構築するのである。

特別予防は責任主義とも衝突しうる。というのは、再社会化の形態での特別予防的作用は、一定の場合には、精神病者のような責任無能力者においても実現可能だからである。危険な精神病者に対しては保安という形態での特別予防が可能である。それにもかかわらず、処罰による一般予防や特別予防が責任のない行為者にあつては許されないとき、それは刑罰には効果がないということからではなく、責任主義からくる。かくして、刑罰は、責任主義の範囲内においてのみ、その予防作用によって、法的平和の維持及び恢復という刑法の任務を果たしうるのである。

刑罰は意思自由の帰結である個人倫理的責任から導き出される人的応報とは関係がない。なぜなら、客観化された責任概念は個人道義的責任を含んでいないからであり、またかかる責任概念は行為者の代わりの他人の尺度によって行為者の自己の動機に対する社会内的答責を特徴づけるにすぎないからである。規範結合の確認及び強化、すなわち

価値妥当確証は非合理的応報欲求と取り違えられてはならない。法的責任は特別不法構成要件において保護された社会的価値にのみ関係し、法的刑罰は不法構成要件に関係する責任に限定される。

社会的に承認された価値は、所為によって被った、他人の価値意識の社会心理的侵害への刑罰応答によって、その空洞化から保護される。全法共同体の価値意識の強化によって、同時に、潜在的行為者は、生きていると感じられる価値から逸脱することを妨げられる。この種の一般予防、すなわち、積極的一般予防は、消極的に威嚇し、刑罰害悪への恐怖を生じさせるところに照準を合わせるのではなく、積極的に、一般的法誠実性、したがって、法の存立をそもそも強化することに照準を合わせる。それ故、この種の一般予防は、公衆の主観的応報欲求を自らの中にとり込むという、いうところの必要性とは同値できないのである。というのは、このことは害悪を科するということに帰するからである。<sup>(38)</sup>

刑罰が行為者の欠如している個人心理的価値結合に応答し、規範妥当性を明確にすることにより、行為者にいまだ存在する積極的価値観が強化され、新たな犯罪が予防される。個人の叱責は今度は逆に法共同体の価値意識を確認し、強化する。この種の特別予防は、昔から知られている行為者の教育による予防、法違反は割りあわないことを行為者に明確に示す消極的威嚇作用、及び、物理的拘禁を命ずる保安作用と並列関係にある。<sup>(39)</sup>

刑罰は、法秩序の内的結合の回復、すなわち、一般的積極予防、個別的積極予防、換言すると、いわゆる統合予防を目的とする。それは、刑罰の固有の意味としての精神的価値回復からの帰結である。刑罰の意味と目的は一致する

のであるから、価値恢復、したがって、責任調整も予防のための最も重要な尺度となる。

刑罰は、個人心理学的には行為者に対し、社会心理学的には法共同体に対し、調整的機能を有する。これは社会的責任概念の帰結である。責任調整はその社会的価値関係性の故に予防と結びついている。しかし、このことは、予防が優先することを意味せず、予防は責任の後に来るのである。<sup>(34)</sup>責任は行為関係的、行為者関係的に過去を見、予防は行為者関係的、社会関係的に未来を見る。

形式的非難は規範の価値維持の点で最も重要である。犯罪への国の反応としての自由、財産を奪うことによる害悪を科することは、概念必然的に社会的非難から生ずるものでない。害悪を科することを価値妥当性強化のために必ずしも必要としない。害悪を科することは、第一次的には、行為者のためにも一般の人々のためにも社会的非難の事実と程度に宣言的及び強い印象を与えるという機能しかもない。<sup>(35)</sup>刑罰害悪がそもそも、あるいは、部分的にのみ執行されるべきか否かは、予防の必要性、しかも、行為者への個人心理的作用、及び、社会への社会心理的作用によって量られるべきである。非難で十分なとき、害悪の執行は余計なのである。したがって、現行法にしてからが、予後が良好であるとき、執行猶予付きの刑の宣告を可能としているが、それは実際に害悪を科することの執行を余計なものとしている(刑法第二五条以下)。統合的法理解は、行為者を仕込むことなく、できるだけ害悪を科することなく社会に統合することを要求するのである。

## (5) 量刑

## A 量刑の尺度規準としての責任

犯罪構造における構成的要素としての責任と、量刑の基礎としての責任の間には、既述の人格関係的责任の故に、内容的相違は存在しない。葛藤状況において行為への動機が比較基準人にもありそうであったといえるほど、それだけ責任非難は減少する<sup>(36)</sup>。犯罪行為時点での特別の外的事情に鑑み、法に誠実な特性を有する人からも他の行為が予期しえなかったとき、責任非難は零になる。一般的責任阻却事由は非難可能性尺度の末端、つまり、零点を意味するにすぎない<sup>(37)</sup>。それ故、適法な行為の可能性（他行為の期待可能性）がないということでは免責される。すなわち、犯罪要素としては、行為者には犯罪責任が、したがって、この犯罪の実行がそもそも個人的に非難されうるか否かだけが問題となる。これに対して、量刑の領域では、個人的責任非難の精確な量、すなわち、刑罰根拠責任の量化が問題となるのである<sup>(38)</sup>。両観点の下で、責任は、現実化した不法が責任を内容的に共規定する限りで、行為の全不法を包含する。構成要件該当の不法とは独立の法敵対的心情が量刑で考慮されるなら、刑法は心情刑法に堕ちてしまうことになる<sup>(39)</sup>。その上、付加的不法が量刑責任に流れ込むなら、不法構成要件の法治国保障機能が破られることになる<sup>(40)</sup>。それ故、犯罪概念に属する責任（存否）と、これに接続するいわゆる「量刑責任」（程度）を概念的に区別する必要はない。犯罪構造の責任概念が意思形成の非難可能性ばかりでなく、不法を非難ならしめる行為無価値と結果無価値にも関係するとき、犯罪構造における責任概念と量刑の領域における責任概念に分割することは余計なことなのである<sup>(41)</sup>。

既述のように、個別行為責任は二つの要素、つまり、行為責任（軽減要素）と行為者責任（加重要素）から成る。

前者に関しては、行為が外的事情または動機の故に法で保護された価値と結びついた人にも当然だったといえるほど、その非難はますます軽く、したがって刑も軽くなる。逆に、比較規準人には考えられなかったといえるほど、非難はますます重く、したがって刑も重くなる。軽減的側面は、行為者が刑法的に保護された価値に対して場合によっては悪い性格的態度を有しているか否かとは関係がない。

行為者責任に関しては、行為が法的に保護された価値に拒否的または無関心の態度に帰せられるほど、非難はそれだけ重くなる。無関心というのは、行為者が法敵対的決定をするに当って何らの自制も要しなかったということを意味する<sup>(80)</sup>。行為者の考えが、一般の、普通の感覚からすると倫理的に特に軽蔑に値する場合、その動機又は目的は特に非難に値し、責任非難が重い。殺人罪の場合で云うと、例えば、殺人欲、性欲を満足させるための殺人（快樂殺人）、強欲、復讐心、嫉妬、犯行を可能にする又は犯行を隠蔽する殺人である<sup>(81)</sup>。

行為責任の精確な程度の確定に当って、行為者の人格要素は不法構成要件を超えているが、行為の実行に当って表現された限りで重要性をもつ。構成要件外の行為も、しかも、構成要件実現前の行為（例えば、綿密な行動計画、用意周到な準備、さらに、同様の加害的習癖に基づく前科には特に非難に値する心情ないし良心の咎めの感じなきが現れている）、構成要件実現後の行為（例えば、既遂後の行為者による負傷者の世話）は、構成要件の包摂とは直接の関係がないが、所為関係的であるかぎり考慮されうる。この限りでのみ、「量刑事実に関係した広義の責任概念」、あるいは、「外見的により広い、量刑責任概念」と云える。損害をいっそう拡大する、あるいは、賠償、自首、自白といった、その他の構成要件実現後の行為は、それが法的に保護された価値に対する行為者の無関心または拒否的態度の人

格相当性の程度への推測を許す限りで考慮されうる（責任徴表機能<sup>(35)</sup>）。

刑罰というのは、行為者ごとにその苦痛の感じ方に違いがある。この行為者のいわゆる刑罰感受性が量刑においていかなる意味をもつのが問題となる。基本的には、刑罰の責任調整の働きは行為者の個人的事情とは無関係であると考えられる。さもないければ、「感受性のない」行為者が「感受性のある」行為者よりも有利な扱いをされることになり、このことは差別的「階級司法」に繋がるからである。但し、高齢とか病気に罹患しているために自由刑の執行が行為者の人格を破壊しかねないとか、短い刑期であっても余命のわずかな行為者に不測の事態を惹き起こしかねないといった例外的場合には、特別予防の観点から刑の執行猶予で対処されるべきである<sup>(36)</sup>。

量刑事実に関して、客観的状况、殊に攻撃客体の価値と、行為者の主観的表象の間に齟齬が生じうる。客観的にはあまり価値の無いものであり、行為者がこの価値を認識していないか、十分に認識していないとき、結果不法に関しては客観的に実現したものが、行為不法に関しては主観的に意欲したものが規準となる。客観的には高い物が存在するとき、行為者には客観的な価値の認識のある場合だけ帰属される。

## B 責任と予防の関係

責任の尺度は先ずは、責任非難の重さによって定まるが、これはその都度実現した行為不法と結果不法の範囲内にある。しかし、重い責任から必然的に重い刑罰が生ずるわけではない。責任は、なるほど、刑罰の重要な必須の前提要件であり、したがって、責任は刑罰限定ばかりでなく、刑罰構成的な働きも有する<sup>(37)</sup>。というのは、社会倫理的責任

はそもそも刑罰に値するか否かの規準を与えなければならず、そして、上限を定めるときでも、限界以下の一切の刑罰を共規定するからである。責任は常に刑罰を担うのであり、刑罰に常に意味を与えるのである。さもないと、イエシエックが主張するように、<sup>(38)</sup>有罪宣告を受けた者の再社会化も一般の人々への刑罰の社会教育学的効果も期待し得ないことになる。

責任が刑罰の上限を画する機能を有するという点について見ると、刑罰をその限度まで可能とする責任を精確に計量することできない。責任非難というのは確固たる核をもっている。しかし、刑罰は、責任非難の核から不相当に逸脱していないかぎり、予防目的の観点から、その出立刑から離れることができる。というのは、刑罰が予防を目的とするとき、特別予防と一般予防が刑種の選択においてばかりでなく、一般的にも考慮されねばならないからである。実際、裁判官の量刑思考もこのような過程を経ると思われる。責任主義は、精確な量刑が精確に責任に対応すべきことを命令するものではなく、責任基礎と釣り合いを失ってはならないことを意味すると云えよう。<sup>(39)</sup>

具体的量刑は、この狭い限界内で特別予防と一般予防の要請によって定められる。特別予防、一般予防に必要な刑罰に関する言明はできないけれども、量刑に当って現在入手できる予防に関する部分認識が考慮されるべきである。すなわち、責任が唯一の量刑規準であるにはおよばない。刑罰の重さは合理的な予防によって方向付けられる。ヒルシウが指摘するように、予防は量刑のための独自の意味を有する。責任と予防がともに刑罰を根拠づける（責任なしに及び予防の必要性なしに刑罰なし）。責任と予防は対立関係にある。同一の事実ですら、一方では、所為の時点での責任の観点の下で、他方では、判決の時点での予測的観点の下で考慮されうる。事実関係の有する意味は各観点によっ

て異なったものでありうる。それ故、責任適合的刑罰が必ずしも予防的に最も効果があるというわけではない。かくして、責任と予防は刑罰との関係で有意義な相互補充関係になければならない。責任刑の範囲は、常に責任によって限界づけられた刑量の範囲内でのみ、予防の要請によって上にも下にも動くことができる。威嚇又は行刑におけるかなりの集中的処遇の理由から、かなり長期の拘禁が望ましいと考えられる場合であっても、刑罰は責任の量を超えてはならない。責任主義の調整機能は、責任非難を越える刑罰を許さない。しかし、応報刑とは異なって、予防刑は例外的に責任の量を下回ることが許される。例えば、責任適合的刑罰が具体的事案において明らかに脱社会化効果を有し、しかも、責任を下回る刑罰によって一般の人々の法意識の重大な侵害がない場合が挙げられる<sup>③④</sup>。刑罰は、責任をそれ自体のために調整するという任務を有しない。かくして、基盤としての予防の観点も責任と並んで量刑を規整するのである。量刑の目的的決定が最高度の個別化を可能にする。

位置価値説の支持者の一人であるエッカルト・ホルン（\*一九三八）は、量刑（狭義の量刑）の確定に当っては量刑責任だけが考慮され、刑罰の種類（広義の量刑）の選択に当たっては主として行為者の個別的再社会化の必要事が考慮されるべきだと主張する<sup>③⑤</sup>。しかし、この理論は日本においても採用できない。とりわけ、それは三年を超える自由刑（刑法第二五条）に対しては保護観察付執行猶予を排除し、したがって、適切な解決策を提供しないからである。

特別予防と一般予防が衝突するとき、通常は前者が後者に優先する。刑罰の目的は、先ずは、行為者に犯罪が割に合わないことを教示し、行為者をその価値結合において強化し、できるかぎり社会に統合することにある。行為者の

再社会化は憲法上の社会主義的要請に合致する。その際考慮されるべきことは、累犯を防止するために、いかなる刑罰が種類と程度によつて具体的行為者にのみ予防的に適切であるかである。従来の処遇評価研究も希望をもたせるものである。ヘルムート・クリーリ（\*一九四二）はこの点につき次のように論ずる、「ますます特定の受刑者に向けられる介入形態を応用し、そしてたんに一般的に心理療法の方法を大なり小なり素朴に受刑者に押し付けるのではない、比較的新しい処遇計画は、累犯減少に関してそう悪くはない成果をもたらしているようである」<sup>(36)</sup>。しかし、特別予防を優先することとは刑罰の一般予防的效果を排除するものではない。なぜなら、一般の人々の内的価値結合のためには、特別予防の理由からの比較的軽い刑罰から自動的に生ずる反射で十分なのが普通だからである。<sup>(37)</sup>一般予防はすでに捜査、逮捕、訴追、判決にみられる。一般予防は特別の事情がある場合にだけ動員されるべきである。例えば、特別予防は必要でないが、しかし、不処罰は一般的法意識をひどく動揺させるに違いないとか、それほど重くない刑罰が規範の一般的動機づけ力を動揺させるときである。

消極的一般予防、つまり、潜在的行為者を威嚇するために刑を重くすることに関して云うと、今日、犯罪学ではほぼ一致して、刑罰の威嚇効果は、法定刑の重さよりもむしろ逮捕される危険の程度、刑罰の主観的感受性に依存していることが指摘される。ここから分かることは、潜在的犯罪者を威嚇するためには、法定刑の重罰化よりも、むしろ刑事訴追の強化の方がはるかに重要だということである。それ故、ギンター・カイザー（一九二八—二〇〇七）は「制裁の互換可能性」<sup>(38)</sup>ということを云う。シェヒを引用すると、「刑罰が、規範違反をそもそも明らかにし、みくびらないものであれば、それが刑法の一般予防的任務を果たすのに適切である」<sup>(39)</sup>。それ故、特別予防の理由から、それほど重くない刑罰が要請されるとき、刑罰が威嚇の理由からこれを超えることは許されない（過剰禁止）。一般の人々に

対する「見せしめ」として責任を超える刑を科することは許されないのは勿論であるが、判決の対象となった犯罪と同一または類似の犯罪が、行為者の犯行時点で増加していたとか、判決時点で増加していたことを理由に責任相応刑を超える刑罰を科することは許されない。なぜなら、上記の理由の他、犯罪の増加を行為者に非難することはできないからである<sup>(36)</sup>。

現行刑法には量刑に関する規定がない。しかし、刑法第二四八条(起訴便宜主義)は、「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重、及び情状並びに犯罪後の情況により訴追を必要としないときは、公訴を提起しないことができる」と定め、特別予防の面で、大きな意義を有している。一九七四年の法制審議会「改正刑法草案」第四八条(一般基準)は、「① 刑は、犯人の責任に応じて量定しなければならない。② 刑の適用にあたっては、犯人の年齢、性格、経歴及び環境、犯罪の動機、方法、結果及び社会的影響、犯罪後における犯人の態度その他の事情を考慮し、犯罪の抑制及び犯人の改善更生に役立つことを目的としなければならない」と定める。本条はその第一項と第二項の関係のみならず、一般予防と特別予防の關係に關しても明確性に欠ける。ドイツ刑法やオーストリア刑法と異なり、(消極的)一般予防の必要性が挙げられている。「改正刑法草案」説明書<sup>(37)</sup>によれば、第四八条第一項は、犯人の責任の程度が量刑における最も基本的な要素であることを明らかにした規定、同条第二項は、刑事政策的な目的は、責任に応じた量刑という枠組みの中でのみ考慮されることを明らかにした規定である。「年齢、性格、経歴及び環境」は主として犯罪者の危険性、改善更生の可能性に關係し、従として、行為者の責任にも關係する。「犯罪の動機、方法、結果及び社会的影響」は責任にも特別予防、一般予防にも關係する。同説明書から判ることは、草案が責任というものを希釈された形で自己答責的、自由意思に基づく個人道義的非難と捉え、刑罰を応報としても捉えているということである。

## (6) 裁判外行為和解

行為者の刑法との衝突は、形式的に国との衝突としてばかりでなく、実質的にも被害者及び社会との衝突としても理解される(社会的紛争)。換言すると、犯罪は国と犯罪者の垂直関係においてばかりでなく、犯罪者、被害者及び社会の間の水平関係でも考察されるべきである。裁判外行為和解の実践形態の一つである行為者―被害者―調停／和解では、刑罰による苦痛賦科(配分的正義)ではなく、行為者が自ら犯した不法を直視し、具体的被害者、社会に対する社会的責任を自ら自発的に引き受けること(平均的正義)、つまり、規範の自発的受け入れが問題となる。それは、刑事判決によって強制的に実現されるのではなく、円卓において、紛争調停人が同席した、当事者間の非公式の、それだけに胸襟を披いたコミュニケーション会話によって実現される。被害者は、犯罪によって惹起された感情を表現し、行為者から損害賠償金を得る可能性を有する。行為者は、行為とその帰結を合理的に、しかも気持ちを含めた処理をし、和解のための建設的方法を見出す可能性を有する。

刑罰は不法、責任を前提とするが、ここから、責任あれば刑罰ありという帰結が導かれることにはならない。刑罰は責任非難を行為者にも社会にも明白に印象づける手段に過ぎず、責任調整の唯一の手段というわけではない。行為者―被害者―調停／和解は「責任調整」の点で重要な意義をもつ。モース<sup>(41)</sup>、シェヒ及びデーター・レスナー<sup>(42)</sup>(\*一九四五)が云うように、行為者と被害者の直接的面会が極めて重要である。これによって行為者は、たんに法秩序を破ったというばかりでなく、被害者にしでかしたことを認識し、しかる後初めて自己の責任を正しく認識し、被害者に謝罪する。被害者との宥和は、謝罪とできるだけ損害賠償をすることと結びつくのが普通である。被害者はあらゆる

る観点で真剣に遇されていると感ずる。所為によって攪乱された人間間の均衡が再度回復される。これはさらに所為によって攪乱された法秩序との仲直りをもたらす。このようにして、法的に承認された価値の無視が、行為者の所為に対する責任を自発的に引き受けることによって、つまり、苦痛賦科のない所為への反応形態によって調整される。それは行為者と社会のために法規範妥当性を確認し、強化することになる。したがって、規範妥当性を確認、強化するための刑罰は必要がないか、減少する。ここに、積極的、倫理的行為としての建設的調整態様が問題となっており、これによって自身自身、被害者及び社会との平和の恢復が可能になるのであって、行為調整として刑罰を耐え忍ぶことが問題となっているのではない。すなわち、責任調整に役立つものは必ずしも害悪賦科である必要がない。しかし、刑罰の必要がないということは、これにより責任も消失することを意味しない。行為者―被害者―調停／和解は、社会倫理的に基礎づけられた責任を処理するために考慮されるべき重要な一形態である。

行為者―被害者―調停／和解は原則として起訴前に行われる。検察官は委任者としての役割を果たし、被委任者である調停者（通常はソーシャルケースワーカー）が行為者―被害者間の話し合いの進行役を果たす。検察官はその結果の報告を受けた後、訴追機関として公判請求するか否かの最終的判断を行う。

人間の尊重という自由主義原則は犯罪者にも等しく当てはまるのであり、同時に、刑罰の応報的基礎づけが放棄されると、人々の刑罰感受性は増大する。このことは刑罰の経済性（補充性の原則、比例の原則、非刑罰化、法定刑の漸減等）を真摯に考慮することに繋がる<sup>③</sup>。不必要な国による強制から解放されるべきであり、行為者―被害者―調停／和解等の修復的措施はその方向を示すものである。たしかに、いまだ「刑法よりも良いもの」（G・ラートブルッフ）

への道は険しい。しかし、刑法は社会の飽くことのない、非合理的処罰欲求に囚われてはならない。

注

- (293) Moos, (Fn. 35), 302; vgl. T. Yoshida, Der japanische strafrechtliche Schuldbegriff von gestern, heute und morgen — Recht, Schuld, Strafe, Strafzumessung und Wiedergutmachung, in: A. Eser, K. Yamamuka (Hrsg.), Einflüsse deutschen Strafrechts auf Polen und Japan, 2001, 225 ff., 238 ff.
- (294) Vgl. U. Kindhäuser, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2013, § 21 Rn. 9.
- (295) Vgl. R. Moos, Die ethischen Grundlagen des Strafrechts, in: Rosenzweig-FS, 1988, 399 ff., 409.
- (296) Moos, (Fn. 62), 11; vgl. H. v. Weber, Aufgaben der deutsch-österreichischen Strafrechtsvereinheitlichung, 1931, 5 f. 「啓蒙的絶対主義も人間の理性の万能という考えが深く染み付いていた。啓蒙的絶対主義も、これを用いて人の共同生活の永遠に妥当する法則を見出すことができると思ったのであり、平和と人々の幸福をももたらすためには、それを認識さえすればよいと考えたのだった。しかし、絶対的啓蒙主義は、より良き時代をもたらすために、人の、特に政治的活動も含めた自由の与えられる必要のある大衆のところに、あの理性があるとは考えなかった。むしろ、絶対的啓蒙主義は、「啓蒙の世紀の崇高な思考法」をもつ、個々の、ひらめきの有る人物にしか、理性を見出さなかった」。自由・法治国主義が絶対的啓蒙主義と決定的に異なるところは、「新しい秩序の内容にあるというよりはむしろこれをもたらす方法にある。自由主義においては個人は自律しており、国の形態は民主主義政体となるが、「絶対主義においては家族、教会、とりわけ、自ら指導力をもつ君主といった権威」が維持される。
- (297) Moos, (Fn. 1), 408.
- (298) Vgl. G. Jellinek, Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878, 2. Aufl., 1908, E. Durkheim, Regeln der soziologischen Methode (1895), (抜粋訳) in: F. Sack, R. König, Kriminsoziologie, 2. Aufl., 1974, 3 ff.
- (299) Moos, (Fn. 35), 300.
- (300) Vgl. H.-H. Jeschek, Deutsche und österreichische Strafrechtsreform, in: Lange-FS, 1976, 365 ff., 370.
- (301) Moos, (Fn. 35), 303f.
- (302) Vgl. J. Baumann u. a., Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung, 1992, 23; H. Schöch, Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen

- bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? (Gutachten C zum 59. Deutschen Juristentag Hannover 1992), C 65-66; 7. Weigend, Die deutsche Diskussion um den Stellenwert der Wiedergutmachung im Strafrecht, *Hokkai-Gakuen Law Journal*, Vol. 28, No. 1 (1992), 211 ff., 218 f. (邦訳: 吉田敏雄「刑法における損害弁償の位置価値をめぐっての論争」北海道大学『法学研究』二八・一(一九九二)一四二頁以下)。
- (303) D. Dölling, Der Täter-Opfer-Ausgleich, JZ 1992, 493 ff., 498.
- (304) A. Essr, Funktionswandel strafrechtlicher Prozeßmaximen. Auf dem Weg zur „Reprivatisierung“ des Strafverfahrens?, ZStW 104 (1992), 361 ff., 382.
- (305) G. Stalenuwerth, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, 1995, 14; vgl. H. Lillie, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke (Diskussionsbericht), in: H. Schöch (Hrsg.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, 56 ff., 60 f.
- (306) M. Lösching-Gspandl, Die Wiedergutmachung im österreichischen Strafrecht, 1996, 71 ff.
- (307) Nowakowski, (Fn. 1), 173 ff.
- (308) Vgl. R. Moos, Der außergerichtliche Tauschgleich für Erwachsene als strafrechtlicher Sanktionersatz, JB 1997, 337 ff., 340; Jescheck, (Fn. 300), 384 f.
- (309) Moos, (Fn. 194), 28 ff.; ders., (Fn. 1), § 4 Rn 4; ders., (Fn. 35), 302.
- (310) Steininger, (Fn. 1), 6, Kap Rn 12 f.
- (311) H.-L. Schreiber, Vor dem Ende des Schuldstrafrechts?, in: Die juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsweltentwicklung, 1980, 281 ff., 290; vgl. C. Roxin, Das Schuldprinzip im Wandel, in: Kaufmann-FS, 1993, 519 ff., 521 (邦訳: 吉田敏雄「変遷する責任主義」北海道大学『法学研究』三〇・一(一九九四)三二頁以下); G. Stalenuwerth, Strafrecht AT I, 3. Aufl., 1981, Rn 513; dazu kritisch Kaufmann, (Fn. 28), H. J. Hirsch, (Fn. 52), 746 ff.
- (312) Vgl. Steininger, (Fn. 1), 12, Kap Rn 10; Roxin, (Fn. 8), § 19 Rn 22 「責任を認定するたんに、原理的には確定できない経験的調査結果が前提とされるなら、『疑わしきは被告人の利益に』の原則によつて、その都度無罪を言い渡さるを得なくなる。そうなるべく、責任刑法は不可能である」。
- (313) Bommer, (Fn. 10), Vor Art. 19 Rn 7; Jescheck, Weigend, (Fn. 1), § 37 I 4; Roxin, (Fn. 8), § 19 Rn 21 f.; Lennner-Einsele, (Fn. 49), Vor § 88 I 3 ff. Rn 109.

- (314) *F. Nowakowski*, Vom Schuld- zum Maßnahmenrecht? Kriminologische Gegenwartsfragen 10 (1972), 1 ff., 2. *ders.* (Fn. 2) Vorbem §§ 3-5 Rn 37; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 1), § 39 III 1.
- (315) *Vgl. Moos*, (Fn. 35), 288 ff.  
 っれに対して、高橋則夫『刑法総論』【第二版】二〇一三年・三三三頁以下は、国の刑罰制度は、「決定されつつも決定していく」という主体的人間像を基礎とした相対的非決定論という仮説に依拠して、自由意思を前提とせざるを得ないので、責任というのは実体的ない「社会的虚構」であると論ずる。
- (316) *F. Nowakowski*, (Fn. 198), 55 ff.; *ders.*, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 1955, 64 ff.; Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum öStGB, 1971, 121 ff.; *vgl. Jescheck*, (Fn. 120), 63. *ders.*, Friedrich Nowakowski als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker, ZStW 103 (1991), 999 ff.
- (317) *Vgl. H.-J. Schreiber*, Schuld und Schuldfähigkeit im Strafrecht, in: *W. Schmidt-Hieber, R. Wassermann* (Hrsg.), Justiz und Recht. Festschrift aus Anlaß des 10jährigen Bestehens der deutschen Richterakademie, 1983, 78. *ders.*, Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken?, Der Nervenarzt 48 (1977), 242 ff.; *ders.*, (Fn. 311), 289.
- (318) *Moos*, (Fn. 1), § 4 Rn 66.
- (319) *Steininger*, (Fn. 1), 12. Kap Rn 13, 「この純規範的範疇はいわば個人の他行為可能性が認識不可能であることの橋渡しをする。行為者は実際の自由の故に帰責されるのでなく、自由として扱われるのであり、この問題に非決定論から近づくか決定論から近づくかに応じ、いわば、基本的に反駁できない法律上の推定の故にならざる擬制の故に帰責される」。 *Vgl. Trifflerer*, (Fn. 3), 12. Kap Rn 14 ff., 18.
- (320) *Moos*, (Fn. 17), 184, 186, 199.
- (321) *Vgl. R. Moos*, Richter und Strafrechtsreform, JBl 1996, 345 ff., 348. *ders.*, (Fn. 295), 422 f.; *ders.*, Die Reformbewegung des Strafrechts in Österreich, der Schweiz und Bundesrepublik Deutschland, in: *Wilburg-FS*, 1975, 253 ff., 265. 「古典的応報刑論への自己答責の、自由な意思という観念的人間像、そして、この導出される人間の尊厳に依拠する。それはフランツ・フォン・リストの社会学派を明白に斥けるが、その理由は、これが、犯罪者を『刑事司法の客体に貶める』危険を内蔵しているとか、理性的存在としての尊厳に敬意を払っていないとか、刑法を『社会治療の操作』で置き換えるというものである。刑法におけるこの個人倫理的観念論は現実を避けている。個人倫理的観念論はその完全な意思自由という虚構、これに依拠する形而上的尊厳という情念によって、実際にはフォイエールパッサの強制説に劣らず人を蔑むことに繋がるものである。犯罪者はまさに刑事司法の客体にならざるを得ないが、しか

「法の厳し」「応報の必要」を感じることはない。観念的責任概念は多くの場合この結果になる」。Vgl. Roxin, (Fn. 311), 522.

- (32) Vgl. Moos, (Fn. 17), 185, 192f. エンシェックは不可知論の立場でなく、非決定論の立場から、類としての人の自由から所為の具体的状況における個人の自由を推論するところ及び、個人が決定するための具体的な人の「自発性」の働きが存在と仕方を「義的に証明する」ことが方法的にはできないと主張し、したがって「責任判断の尺度は平均的可能性でしかありえない」。Jescheck/Weigend, (Fn. 1), § 37 I 1 ff., § 39 III 2, vgl. G. Mangakis, Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit, ZStW 75 (1963), 499 ff., 517 「経験上認められる平均人の能力」; Th. Lencker, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, in: H. Göppinger, H. Witter, Handbuch der forensischen Psychiatrie, Bd. 1, 1972, 3 ff., 19 「たゞしい人の能力。しかし、非決定論に立脚して、行為者個人への倫理的非難を、他人にはあるが、行為者自身には欠如している能力を規準にして論ずることは、非論理的ばかりか、行為者自身に自由な決定が可能でなければならないというその出发点を放棄するところである」。Vgl. Roxin, (Fn. 8), § 19 Rn 22.

- (323) Mangakis, (Fn. 322), 517.

- (324) R. Moos, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 22. Lieferung § 3 Rn 75-79 StGB, 1984, § 76 Rn 33; vgl. Roxin, (Fn. 8), § 19 Rn 22, Jescheck/Weigend, (Fn. 1), § 39 III 1 ff.; Schreiber, (Fn. 317), Schuld u. Schuldfähigkeit, 78; Steininger, (Fn. 1), 12, Kap Rn 11.

- (325) Roxin, (Fn. 8), § 19 Rn 36 ff.; vgl. J. Krümpelmann, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969, ZStW 88 (1976), 6 ff., 36 ff.; H. Müller-Dietz, Schuld und Strafe, in: Kindlers Enzyklopädie Der Mensch, Bd. 8, 1984, 580 ff., 594 ff.

なお、井田良『刑法総論の理論的構造』二〇〇五年・二二六頁以下は、人は選択の自由の意識、自律的決定の意識をもっている」と、言語と思考形式そのものが非決定論的であるということから立出して、責任非難の根拠に関する限り非決定論的思考形式を採用し、回顧的責任論を展開すべきとした上で、回顧的非難の規準となるのは、行為者が現に有する事実的能力と可能性ではありえず、具体的状況におかれた行為者に社会の側からいかなる行為をどの程度に期待するかという「社会的期待」の有無と程度であるところ、社会的地位・立場及び身体的・生理的条件については行為者のそれを規準とするが、規範意識については行為者のそれを規準とするところではないと論ずる。参照、林幹人「刑法の基礎理論」一九九五年・一五頁以下、松村格「刑法にとって自由意志論は無用か」『八木國之先生古稀祝賀論文 上巻』所収・一九九二年）五九頁以下、七〇頁。

- (326) Vgl. Triffterer, (Fn. 3), 12, Kap Rn 8 ff.; R. Moos, Die authentische Interpretation der Strafschärfung beim Rückfall nach § 39 StGB und der Schuldbegriff (III), ÖJZ 1980, 143 ff., 150.

- (327) Vgl. Moos (Fn. 17), 185 f.; *ders.*, (Fn. 326), 149; *ders.*, (Fn. 1), § 4 Rn 84; Triffner, (Fn. 3), 12. Kap Rn 9.
- (328) Vgl. Moos (Fn. 326), 148.
- (329) Vgl. Moos (Fn. 326), 150.
- (330) Vgl. Moos (Fn. 12), 76 f.
- (331) Vgl. Triffner, (Fn. 3), 12. Kap Rn 12.
- (332) Roeder, (Fn. 19), 233 f.; Platzgummer, (Fn. 4), 324 f.
- (333) Moos, (Fn. 321), 351; Roxin, (Fn. 8), § 31 Rn 33 ff.; Triffner, (Fn. 3), 1. Kap Rn 29.
- (334) Vgl. Moos (Fn. 17), 201; *ders.*, (Fn. 35), 301.
- (335) Vgl. Moos (Fn. 17), 194.
- (336) Vgl. Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: Bockelmann-FS, 1979, 279 ff., 306.
- (337) Vgl. Jescheck, (Fn. 120), 78; Moos, (Fn. 35), 292, 301; *ders.*, (Fn. 321), 349; *ders.*, (Fn. 17), 200.
- (338) Moos, (Fn. 321), 352; vgl. Nouakousi, (Fn. 1), 173.
- (339) Moos, (Fn. 1), § 4 Rn 92.
- (340) Baumann, (Fn. 180), 132 ff.
- (341) Baumann, (Fn. 180), 135 f.; G. Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, 35 f.
- (342) Vgl. Moos (Fn. 308), 340.
- (343) Vgl. Moos (Fn. 308), 340.
- (344) 然れに対して批判的なのがユコブスである。規範違反とは「行為による規範に対する矛盾」である (AT I, Abschn. Rn 9)。「法誠実性の欠如が責任と呼ばれるものである」。「規範遵守、法誠実性の動機づけの気遣いは個々人の事柄である」(Das Schuldprinzip, 1993, 35)。「目的だけが責任概念に内容を与える」(Schuld und Prävention, 1976, 14)。「責任は一般予防にのみ……根拠づけられ、その予防にしかつて量される (Schuld und Prävention, 9)」。責任主義は「積極的一般予防の派生体」である (AT I, Abschn. Rn 34)。「積極的一般予防というのは刑罰への恐れを意図しているのではなく、刑罰によって再度強固にされる鎮静化」を意図している (Das Schuldprinzip, 27)。「一般予防の目的によって決まる責任の境界は、責任及び責任刑の名宛人としての『良き市民』の理解が引くところ」

「ふはなへ」規範信頼を維持するために必要となるように伸べる」(Schuld und Prävention, 33)。

(345) Vgl. Moos, (Fn. 308), 339; *ders.*, (Fn. 321), 350, 354.

(346) Vgl. Nouakouski, (Fn. 1), 208.

(347) Vgl. Moos, (Fn. 17), 171.

(348) Vgl. Triffner, (Fn. 3), 3. Kap Rn 63.

(349) Vgl. Moos, (Fn. 17), 171.

(350) Vgl. Nouakouski, (Fn. 2), Rn 49a iVm Rn 11; *Jescheck*, (Fn. 120), 57 FN 1; *Moos*, (Fn. 17), 172 f.

(351) Vgl. Nouakouski, (Fn. 17), 313, 321.

(352) Vgl. R. Moos, (Fn. 324), § 75 Rn 45.

(353) Nouakouski, (Fn. 2), Rn 49c.

(354) Moos, (Fn. 17), 173.

(355) Nouakouski, (Fn. 1), 183. 一九七一年のオーストリア政府刑法草案第三四条(特別の減輕事由)第一項第一三三号(現行法第一四号)

「より重大な損害を加える機会があったにもかかわらず任意にこれを自制した場合、又は損害が行為者又は行為者のために第三者によつて賠償された場合」につき、「第三者による損害賠償は、それで行為者の味方をし、行為者の義務を履行する目的で行われねばならない。このことは特に近親者(例えば、両親又は配偶者)による損害賠償の場合が通例といえよう。行為者がより重大な損害を加えることを放棄したということは他人の利益への配慮心がまだ残っていることを証明しており、したがつて、責任を減少させる。損害賠償は法律によれば行為者の責任洞察の徴表である。しかし、客観的にも、行為者が後に被害者の埋め合わせをしたとき、一般的受けとり方からすると、所為はそれほど重くない。第三者による行為者のための損害賠償が行われたとき、このことから、なるほど、行為者の内的態度を推測することはできないが、所為の客観的重さは減少する。これに加えて、減輕事由が行為者の近い者に損害賠償の考えを思いつかせようという法政策的考慮がある」。同第三四条第一項第一四号(現行法第一五号)「惹起した損害を賠償し又はその他の不利益な結果を阻止するための真摯な努力をした場合」につき、「第一四号も責任主義に基づく。なるほど、行為者には損害を賠償する又はその他の不利益な結果を阻止することもできなかったが、しかし、その真摯な努力をした場合、このことは行為者の利益に働くべきである。このことは、行為者が法的に保護された価値との結びつきを初めから完全にはなおざりにしていなかったことを推測させるか、あるいはやはり責任洞察を示している」。同第一五号(現行法第一六号)「容易に逃走することができたにもか

かわらず又はおそらく発見されずにすむ状態にあったにもかかわらず自ら自首した場合」につき「この減輕事由も責任洞察を推測させる」。同第一七号（現行法第一七号）「改悛の情ある自首をなし、又はその供述によつて眞実発見のために重要な寄与を爲した場合」につき、「現実の改悛に担われた自首は量刑において考慮されるべき責任洞察を証明している。……眞実発見のために重要な寄与を爲した供述も、司法を支援したのであるから、同様に減輕の働きをもつべきである。このことは、供述が改悛を示すものでもなく又自首でない場合でも妥当する」。Regierungsvorlage vom 16. 11. 1971, Erläuterungen 128.

これに對して、予防の観点から捉へるべき *M. Burgstaller*, Grundprobleme des Strafzumessungsrechts in Österreich, ZStW 94 (1982), 127 ff., 140 f.

(356) Vgl. *Jescheck/Weigend*, (Fn. 1), § 83 III 2 a.

(357) Vgl. *Roxin*, (Fn. 8), § 19 I Rn 9.

(358) *Jescheck*, (Fn. 120), 75.

(359) Vgl. *E. Dreher, H. Tröndle*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 44. Aufl., 1988, § 46 Rn 12; *Moos*, (Fn. 17), 202.

なお、責任と並んで一般予防、特別予防が量刑において考慮されるべきか否か、考慮されるべきだとするとそれらの關係如何、つまり、「魔法の三角形」（ハインツ・ツィップ）の問題について、ドイツ言圈刑法学では概ね次の諸説が展開されている。

① 点の刑罰理論 (Theorie der Punktstrafe)。本理論によれば、具体的所為の責任評価によつて、法定刑の範圍内で点で定まる刑罰が確定される。決め手となるのは専ら行為者の責任である。一つの責任相應の正しい刑罰しか存在しない。特別予防も一般予防も刑量において考慮されてはならないが、予防の観点は、せいぜい、いわば副産物として、専ら責任の観点の下で形成された刑罰において考慮される。すなわち、責任が量刑の基礎であり、量刑の最上位の照準点であるが、場合によつては、責任相應刑を上回る又は下回る刑が認められる。但し、刑罰は、正しい調整の意味での刑罰とは云えなくなるほど責任の量から離れてはならない。Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-philosophische Untersuchung, 1961, 261; *H.-J. Bruns*, Strafzumessungsrecht, 1967, 2. Aufl., 1974 (初版では点の刑罰理論を主張しつつたが、第二版では幅の理論に近づいた); *ders.*, Der „Bestimmtheitsgrad“ der Punktstrafe im Strafzumessungsrecht, NJW 1979, 289 ff.

ドイツ刑法学では、本理論には、問主觀的確信をもつて「正しい刑罰」を確定することがほとんど不可能であるし、そもそも点で定まる刑というのは全くの虚構であるとの批判がなされる。實際、本理論も「点」を確定することができないことを認めている。さらに、本理論は實際上場合によつては予防の観点も考慮することを許容するので、その実践的帰結は幅の理論と変わらなくなる。

*Dreher/Työnkle*, (Fn. 359), § 46 Rn 11; *W. Theune*, *Leipziger Kommentar StGB*, Bd. 2, 12. Aufl., 2006, § 46 Rn 38; BGHSt 27, 2.

オーストリア刑法学でも、先ず、規範的責任概念から、特定の具体的所為に対して確固とした責任点を突き止め、基礎づけることは全くできないこと、なお受け入れられる責任評価の幅、したがって、責任幅しか分らないことが指摘される。次に、点の刑罰理論を徹底させると、刑事政策の可動性が失われざるを得なくなることも指摘される。さらに、オーストリア刑法では、その規定からして既に点の刑罰理論は不適當であることが指摘される。広義の量刑について、刑法第三七条（自由刑に代わる罰金刑の科刑）、第四三条（条件付刑の猶予）は予防を考慮することが定められているが、そうだとすると、狭義の量刑においても予防を全く考慮しないということとは意味を成さない。さらに、第四一條（刑の特別の減輕）は、狭義の量刑においても予防の観点が無視できないことを明らかにしている。第三二条第一項は、責任が量刑の「基礎」であることを定めるが、これも責任と並んで他の観点も考慮されるべきことを示唆する。最後に、第三四條（特別減輕事由）にも、予防の観点からの規定が見られるが（例えば、第一五号「惹起した損害を賠償し又はその他の不利益な結果を阻止するために真摯に努力した場合」）、このことも予防の観点が狭義の量刑に対しても重要な意味をもつことを示している。H. Zipf, Die Bedeutung der Grundlagformel des § 32 Abs 1 StGB, ÖJZ 1979, 197 ff.; 199 f.; *Trifflerer*, (Fn. 3), 20. Kap Rn 31.

②段階理論(Stufentheorie)ないし位置価値理論(Stellenwerttheorie)。点の刑罰理論に結論的においてはほとんど等しいのが段階理論である。ハインリヒ・ヘンケルを嚆矢とし、エッカルト・ホルンによって展開された本理論は、責任と予防を明確に区別することから出立する。制裁の確定は二段階に分割できる手続きである。裁判所は先ず負責される不法を虚構の刑罰量に転換しなければならない、つまり、仮定的に服されるべき自由刑を決めなければならない。裁判所はその際なるほど一定の判断余地を有する（この点で④の幅の理論と一致する）。しかし、裁判所は、この幅の範囲内で刑を基本的に下限のところに求めなければならない。ドイツ刑法第四六条第一項第二文に依れば、行為者の再統合にできるだけの支障のない刑罰が選択されるべきだからである（受動的特別予防）。第一段階で予防を考慮してはならない。かくして、この第一階段では、刑罰目的間の緊張関係は生じえないことになる。第二段階で、裁判所は、専ら予防の観点から、責任相応の刑罰を科すべきか否か、刑を免除（第六〇条）又は刑を留保して行う警告（第五九条）を言い渡すのか、自由刑又は罰金刑を科すのか、自由刑の場合保護観察のための刑の延期（第五六条以下）をするのかを決めなければならない。本理論の基礎にあるのは、一般的に見ても又個別事案について見ても、特別予防、一般予防の観点から必要とされる刑罰に関する認識は存在しないという思考である。H. Henkel, Die „richtige“ Strafe, Gedanken zur richterlichen Strafzumessung, 1969, 39 ff.; *E. Horn*, Wider die „doppelspurige“ Straföhnenzumessung, in: Schafstein-FS, 1975, 241 ff.; *ders.*, Systematischer Kommentar zum

Strafgesetzbuch, 1995, § 46 Rn 33 ff.; H. Schöch, Grundlagen und Wirkungen der Strafe, Schafstein-FS, 1975, 255 ff. オーストリアでは、*G. Kunst*, Strafbemessung, Tatschuld und Spezialprävention, ÖJZ 1977, 481 ff.

ドイツでは、本理論はほとんど受け入れられなかったものであるが、第一に、それは本理論の射程距離が限られていたからである。二年以下の自由刑の場合にしか本理論の適用ができない。これを超えると、一定刑期の判断とともに既に法律上一定の刑罰の種類判断も下されている（保護観察の付かない自由刑）。このような事態に対処するために、積極的・特別予防の観点に既に刑量の確定において考慮する「特別予防上修正された位置価値理論」が唱えられるが、これによって結局位置価値理論の基本思想が破られたことになる。第二に、本理論の適用範囲内でも、責任相応の刑罰を仮定的に服役されるべき自由刑に関連付け、刑罰の種類を度外視することの問題性が指摘される。例えば、九〇日の日数罰金は三ヶ月の自由刑よりも特別予防的には（場合によっては）有意義であるばかりか、行為者に全体としてそれほど不利益を与えない制裁と云える場合が多々ある。そうだとすると、この事情を刑の量を確定する際に考慮しないわけにはいかないし、第二段階の刑の種類を確定に押し付けてはならない。Vgl. H. J. Bruns, „Stellenwerththeorie“ oder „Doppelspurige Strafhoehenbemessung“?, in: Dreher-FS, 1977, 251 ff. 258 ff.; B.-D. Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl., 2009, 149 f.; F. Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl., 2012, IX Rn 635.

本理論は、オーストリアでもほとんど受け入れられなかった。オーストリア刑法第四条（刑の特別の減輕）は、特別予防が狭義の量刑においても考慮されることを定めているからである。Vgl. Triffler, (Fn. 3), 20. Kap Rn 27.

③責任超過禁止理論（Theorie des Schuldüberschreitungsverbotens）。点の刑罰理論や段階理論が刑事政策的観点において抑制的でありすぎたのに対して、責任超過禁止理論は刑事政策的観点を広く取り入れる余地を認める。本理論は、責任に基づいて求められるべきは点として定まる宣告刑の上限だけであるということから立出する。この上限を超えてはならない。しかし、予後が特別に良好な場合には、この程度は法定刑の下限まで下回ってもよい。オーストリア刑法第四条の定める刑の特別の減輕の場合、責任の外にある観点、特別予防の予測が良好で、減輕事由が加重事由と比較して凌駕しているとき、法定刑を下回ることすら可能である。そうだとすると、ましてや刑を法定刑の下限まで引き下げることは許されるというのがその理由である。

本理論も受け入れられなかった。オーストリアでは、刑法改正作業の過程で、立法者がこの理論を受け入れるつもりがあったなら、マラニウク（W. Malaniuk）のこれに相当する提案「刑の量定の基礎は行為者の責任であるが、その際、刑罰は責任の程度を超えてはならない」を斥けることはなかったことが指摘される。実際、刑罰が責任を下回るなら、オーストリア刑法第三二条第一項「刑の量定の基礎は行為者の責任である」に反し、刑が行為者の責任に基礎を有することにならなくなる。さらに、刑法第四条も、必ずし

も責任を下回る刑を許す根拠となるものでなく、幅の理論との整合性を示すものとも指摘される。ドイツでは、「刑法代案総則」第五九条が同趣旨の規定「行為責任が刑の上限を画する」を設けていたが、これは立法者の採用するところとはならなかった。その後、本説は退潮した。Triffterer, (Fn. 3), 20, Kap. Rn. 31; Ziyf, (Fn. 359), 200 ff.

わが国で本理論に近いのは、高橋(注315)五三三頁以下「『責任』は刑罰を根拠づけるものではなく、……量刑における『責任』概念の主要な役割は、予防的考慮が過度にわたることに対する限界になるという意味での『刑罰限定機能』にある」、西原(注93)五〇六頁、浅田(注7)二八〇頁、同「量刑基準」(『量刑法の総合的検討 松岡正章先生古稀祝賀論集』所収・二〇〇五年・三六頁以下)、城下祐二『量刑理論の現代的課題』[増補版]二〇〇九年・四頁以下。

④ 幅の理論 (BGH: Spielraumtheorie) なし 責任枠理論 (Maurach/Ziyf: Schuldahmentheorie)。ある意味で、点の刑罰理論、段階理論及び責任超過禁止理論を仲介するのが幅の理論である。本理論は、ドイツ連邦通常裁判所によって展開され (BGHS: 7, 28 (32), 20, 264 (266 ff.), 29, 319 (320))、今日、ドイツ、オーストリア刑法学における通説と目される理論であって、刑量を点で定めるには責任規準だけでは十分でないところから出立する。責任規準を用いて求めることができるのは、法定刑の中にある大幅に限定された刑罰枠だけである。裁判官は、具体的刑量を確定するに当り、下の限界では「既に責任相応の」(最小限・上の限界では「なお責任相応の」(最大限) 刑罰によって限界付けられた判断の「余地 (Spielraum)」を有している。この通過段階たる「責任枠」の中で特別予防と一般予防の要請が考慮されうる。刑罰がこの幅の範囲内にある限り、事実審の判決が上告審で破棄されることはない。

本理論は、その理由として、人間の認識能力の限界を指摘する。なるほど、責任に精確に相応する点としての刑罰は存在するが、しかし、それは「責任枠」として近似的にしか認識できないのだ。これとは異なり、そもそも責任に相応する点としての刑罰は存在しないことが理由として挙げられることもある。Ziyf, (Fn. 359), 201 「このことは、責任評価というものが絶えず変化している法共同体の法確信に依存していることから分かる。それでも責任枠に関して核域を想定することはできるし、その中に責任相応性があることに疑いはない。これに変化する境界域が接し、これが徐々に、刑量がもはや行為責任に相応しない刑罰枠の領域に移行する」。Nowakowski, (Fn. 1), 180 ff. グラスベルガー (R. Graßberger, Die Strafe, ÖJZ 1961, 169 ff., 172) が云っているように、「『心理的効果』という点で、究極的には、刑罰が……正しいか否かではなく、正しいと感じられるか否かが重要である。この感情は点の形で特定の刑罰に固定されるのではない。ここに、実際には、既に正しいと認められること、なお正しいと認められることの間に広い幅がある。それを上回っても下回っても、責任の重さからは『明らかに不正な刑罰』が存在するものにならぬ」。C. Roxin, Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, in: Schultz-Fg., 1977, 463 ff., 466, vgl. Triffterer, (Fn. 3), 20, Kap. Rn. 29.

幅の理論の支持者の中でも、刑は責任の枠内になければならないという点について、予防の観点から、例外が認められないのが問題となる。責任の枠を上回することは、責任主義が憲法の保障するところであるから、許されないという点では異論は見られない(BVerfGE 45, 187 (260); BGHSt 20, 264 (266 f.))。これに対して、予防の理由から、「既に責任に相応する刑」を下回することは許されるかどうか点について、肯定説(C. Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit, in: Bockelmann-FS, 1979, 279 ff., 307; K. Laetner, Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre, 1978, 24 f.; Meier, FFn 359, 147)と否定説(BGHSt 24, 132(133 f.); 29, 319 (321 f.); BGH NJW 1978, 174 (175); Jeschke/Weigend, FFn 1, 8 82 IV 5 b)が見られる。肯定説に依れば、予防の観点から基礎づけることのできない刑は釣り合いのとれない、それ故、行為者の法領域への正当化できない侵襲である。しかし、刑の統合説に依ると、予防の基本目的は特別予防目的の実現に尽きるのでなく、刑法の一般予防の任務も包含するということも考慮されるべきである。したがって、予防の理由から責任を下回るということは例外的な場合にだけ考慮される。すなわち、責任を下回る場合というのは、特別予防の観点から適切でなく、一般の法意識からも適切と思われるときに限られる。これに対して、否定説は、ドイツ刑法第四六条第一項第一文は刑罰の下限についての拘束力ある規定だと理解する。行為者の社会的統合が崩壊し、それ故、累犯の蓋然性が高まっても、責任を下回る刑を宣告することは許されない。しかし、これは、責任を問われる不法と著しく不釣り合いな刑を科することと比べると、より小さな害悪である。責任を下回る刑を宣告するならば正義感情に反するし、刑の社会的目的を捉え損なうことになる。

責任の枠内でも、一般予防が考慮されるのか否かが問題となる。先ず、ドイツ刑法第四六条第一項は、「行為者の責任は刑の量定の基礎である。社会における行為者の将来の生活にもたらすと予期しうる刑の効果を考慮するものとする。」と規定しているところから、量刑において特別予防が考慮されることに問題はないが、一般予防については明文規定がないので、その考慮の可否が問題となるのである。先ず、積極的一般予防については、問題は少ない。というのは、第一に、他の関連ではあるが、刑法自体が、「法秩序の防衛」は正当な量刑事由であることを明言しているからである(第四七条第一項「短期自由刑の回避」、第五六条第三項「刑の延期」。第二に、「規範の安定化」に必要で十分な刑の量を具体的事案で確定することはできない。結局のところ、積極的一般予防は量刑の領域では責任相応性の規準に戻ることと指示する。Jeschke/Weigend, FFn 1, 8 82 IV 7 a。

消極的一般予防(威嚇一般予防)については、行為者を「みせしめにする」ことは許されないこと、負責される不法の程度を超えてはならないことについての異論は見られない。しかし、責任相応の限界内においてなら、威嚇は考慮されてもよいという見解がある。判例も同様だが、但し、具体的事案で「判決を待っているこういった又は類似の犯罪の増加で社会が危うくなっている」と認定

された場合に限定している。しかし、こういった場合でも、一般の人々への威嚇を強化する必要があるという理由で行為者の刑を重くすることは正当化できない。というのは、第一に、刑法第四六条以下は威嚇という刑罰目的に触れていない。第二に、犯行時点でなく、判決時点で犯罪が増加していることで行為者を非難することはできない。第三に、実証研究から、一場合によっては責任主義から節度のある一重罰が明白な威嚇効果を有するという十分な示唆は得られていない。Jescheck/Weigend (Fn. 1), § 82 IV 7 b.

本理論に対しては、裁判実務が本理論に沿った思考様式をとっているかは疑問があるところだし、本理論の支持者も、裁判官が判決理由中に責任・刑罰枠を公表しなければならいことまでは要求していない。それでも本理論には二つの長所、つまり、潜在的矛盾を解消するための理論的基礎が与えられたこと、そして、量刑に当たって事実審に一定の裁量の余地が認められるとして、肯定的評価が与えられることがある。Jescheck/Weigend (Fn. 1), § 82 IV 6.

しかし、幅の理論に対しては、次のような問題点が指摘されるのである。すなわち、点として定まる量刑というものはないが、それと同じく、既に責任相応のそしてまだ責任相応の刑罰のための限界寸法なるものも存在しない。もしそれがあるとすると、裁判官は、個別事案において特に他の指導観点がないとき、ある枠に留まることは許されないであって、できるだけ少ない害悪付加という原則に鑑み、最も低い責任相応の程度を選択しなければならず、そうすると、他の観点のためにこれを超過することは問題を孕むことになる。Dreher/Trondle (Fn. 359), § 46 Rn. 10. さらに、次のような批判も加えられる。ある対象が十分に精密な道具がないために精確に測定できない場合、このことは、その対象が一定の大きさをもたないということを意味しない。幅の理論というのはいく見ると、誰も責任主義に反することを証明できない限度で、予防の理由から上に向けての量刑の操作を許すこと以外の何物でもない。実際、有期自由刑も終身自由刑も責任相応だとした判例が見られる (BGHSt. 28, 32)。Strattonwerth (Fn. 63), § 7 Rn. 62.

わが国で幅の理論を採用するのが、井田良「講義刑法学・総論」二〇〇八年・五六一頁、同「量刑理論の体系化のための覚え書き」『法学研究』（慶應大学）六九・二（一九九六）二九五頁以下。改正刑法草案第四八条「①刑は、犯人の責任に応じて量定しなければならない。②刑の適用にあたっては、犯人の年齢、性格、経歴及び環境、犯罪の動機、方法、結果及び社会的影響、犯罪後における犯人の態度その他の事情を考慮し、犯罪の抑制及び犯罪の改善更生に役立つことを目的としなければならない。」も幅の理論に基づいていると云えよう。

⑤責任中核理論 (Schuldkerntheorie) なし社会的形成行為としての量刑理論 (Theorie von der Strafzumessung als sozialer Gestaltungsakt)。幅の理論と結論的に一致するのが責任中核理論である。本理論は、具体的事案において点で定まる責任相応の刑罰が存在するか否かとはかわりなく、裁判官は法定刑の範囲内で、法秩序の価値尺度についての自己の見解に従い、責任相応の刑罰

を確定しなければならないということから出立する。予防の考慮に基づき、この出立刑からわずかに外れることはできる。ドイツ刑法第四六条第一項第一文に依れば、責任は量定の基礎に過ぎないのであるから、行為者への影響を理由とする逸脱は、刑がこの規定に対応して正しい責任調整に留まるかぎり、上に向けても下に向けても許される。この点で、刑法第四六条第一項第一文だけでなく、第四七条（短期自由刑の回避）も法秩序の防衛という理由からの一定程度の上に向けた逸脱も許す。但し、「刑罰が依然として法共同体を前にして擁護できる」、刑罰の基礎との内的連関」を維持する限りでよいのである。Dreher/Tyndale, (Fn. 379), § 46 Rn. 12; H.-H. Jeschek, *Lehrbuch des Strafrechts* AT, 4. Aufl. 1988, § 82 III 3; R. Moos, (Fn. 321), 267.

⑥ 所為比例の理論 (Tatproportionalitätstheorie)。正義派自由主義者の「当然受けるべき相応の報い (Just desert)」を基礎におく本理論は行為者という人でなく、所為の重さを考察の中心にすえる。所為の重さの判断にあつては、結果不法の重さとは行為不法の重さに綿密に区別される所為の不法と、もしかするとあるかもしれない所為の主観的帰属可能性を制限する責任減少事情が重要である。不法と責任との関係のない、行為者人格に関係する事情は全て考慮外に留まる。本理論を最も詳細に展開するヘルンレは、これに入るものとして、行為者の「犯罪エネルギー」とか所為の動機とかへの無差別の関連付け、それに、行為者が警察のおとりにより説得されたこととか実務において特に重要な行為者前科を挙げる。予防も、いかなるものであろうと、量刑で考慮される余地はない。ドイツ刑法第四六条第一項第二文「社会における行為者の将来の生活に与えたと刑から予期しうる効果を考慮するものとする」は予防の排除と矛盾しない。この法文は責任評価にとって重要な行為者の刑罰感受性 (Strafempfindlichkeit) を考慮すべきことを定めたにすぎず、予防的影響をあたえる必要性に関する刑罰反応性 (Strafempfindlichkeit) に触れたものではない。本理論に依れば、予防の観点が消えていくことによって量刑における「刑罰目的の二律背反」の問題がなくなる。量刑事態は専ら不法と責任の観点の下で評価されるからである。再社会化に役立つ一定の処遇措置をとるために、幅の理論からは許される刑の加重は許されないし、同様に、専ら、処遇を必要としない行為者に対する行刑を省くという目的のみから刑の減輕も許されない。T. Hornle, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, 143 ff.; dies., *Das antizipierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre*, JZ 1999, 1080 ff.; A. von Hirsch, N. Jahrborg, *Strafmaß und Gerechtigkeit. Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*, 1991; A. von Hirsch, *Censure and Sanctions*, 1993; H.-J. Albrecht, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, 1994.

所為比例の理論には次のような批判がなされる。所為比例の理論は量刑の画一化を容易にするが、そのことはかえって、刑罰の個別化による法益保護という正義に反する。この点で、予防の刑罰目的、なканずく特別予防に量刑上の意味を否定することに問題が

ある。まず、自由剥奪の制裁との関連で処遇効果の証明がないというのは正しくない。処遇措置が効果をもつ場合というのは、処遇措置が全ての被験者に等しく役立つというものではなく、罪種及びそこに現れている個人的障害、欠陥に結びついている場合であるという実証的知見があり、このことから、特別予防をあきらめて行刑から削除するのではなく、これを維持して、理論面でもさらに促進する必要があることが分かる。ドイツ刑法第五七条（有期自由刑の場合の残刑の延期）以下にも見られるように、実務でも、刑量の確定に当っては既に一定の執行方法を考慮に入れている。量刑理論がこういった刑事政策上意味のある刑罰の修正の可能性を初めから摘み取ってはならない。次に、量刑において特別予防が独自の価値を有することが認められるからこそ、処遇措置の必要が認められず、一般予防上も反対の根拠がない限り、「既に責任相応の」刑の下限に留まらねばならないことの根拠づけも可能となる。刑罰を専ら所為比例で方向付けるなら、それは統計上の平均的刑量の上昇を生じさせざるを得なくなろう。人道主義、自由主義という刑事政策の基本観点からしても、量刑において特別予防の潜在的力の維持が大事である。Thieme, (Fn. 359), § 46 Rn. 49; Meier, (Fn. 369), 150 ff.; H. Radtke, Münchner Kommentar StGB Bd. 1, 2003, Vor §§ 38 ff. Rn. 63. わが国に本理論に近うのが、吉岡一男『因果関係と刑事责任』二〇〇六年・一五七頁以下。

最高裁判所は責任超過禁止理論、幅の理論又は責任中核理論の立場を採るもののように見えるが、必ずしも明確でない。最判平成二六・七・二四刑集六八・六・九二五「寝屋川幼児虐待死事件」は、「被告人両名は、両名の間に生まれた三女にそれぞれ継続的に暴行を加え、かつ、これを相互に認識しつつも制止することなく容認することなどにより共謀を遂げた上、当時の被告人両名の自宅において、被告人甲が、三女（当時一歳八ヶ月）に対し、その顔面を含む頭部分を平手で一回強打して頭部分を床に打ち付けさせるなどの暴行を加え、その結果、急性硬膜下血腫瘍などの傷害を負わせ、三女を急性硬膜下血腫に基づく脳腫脹により死亡させた。被告人両名は傷害致死罪で起訴され、検察官は懲役一〇年を求刑したところ、第一審判決は次のように説示して、両被告人に懲役一五年を言い渡した。検察官の求刑は、本件児童虐待の悪質性及び責任を次女になすり付けような被告人両名の態度の問題性を十分に評価していない、さらに、同種事案の量刑傾向といっても、裁判所の量刑検索システムは、登録数が限られている上、量刑を決めるに当って考慮した要素を全て把握することも困難であるから、各判断の妥当性を検証できないばかりでなく、本件事案との比較を正確に行うことも難しいと考えられるので、児童虐待を防止するための近似的法改正からも窺がえる児童の生命等尊重の要求の高まりを含む社会情勢に鑑み、本件のような行為責任が重大と考えられる児童虐待事犯に対しては、今まで以上に厳しい罰を科することがさうした法改正や社会情勢に適合すると考えられるから、被告人両名に対して傷害致死罪に定められた法定刑の上限に近い刑が相当である。控訴審もこれを是認した」という事案で、次のように判示して、一、二審判決を破棄し、甲に懲役一〇年、乙に懲役八年を言

い渡した。「我が国の刑法は、一つの構成要件の中に種々の犯罪類型が含まれることを前提に幅広い法定刑を定めている。その上で、裁判においては、行為責任の原則を基礎としつつ、当該行為にふさわしいと考えられる刑が言い渡されることとなるが、裁判例が累積されることによって、犯罪類型ごとに一定の量刑傾向が示されることとなる。そうした先例の集積それ自体は直ちに法規規範性を帯びるものではないが、量刑を決定するに当って、その目安とされるという意義をもっている。量刑が裁判の判断としては認められるためには、量刑要素が客観的に適切に評価され、結果が公平性を損なわないものであることが求められるが、これまでの量刑傾向を視野に入れて判断がされることは、当該量刑判断のプロセスが適切なものであったことを担保する重要な要素になると考えられるからである。この点は、裁判員裁判においても等しく妥当するところである。……裁判員裁判といえども、他の裁判の結果との公平性が保持された適正なものでなければならぬことはいうまでもなく、評議に当たっては、これまでのおおまかな量刑の傾向を裁判体の共通認識とした上で、これを出発点として当該事案にふさわしい評議を深めていくことが求められているというべきである。三……第一審判決は、これまでの傾向に必ずしも同調せず、そこから踏み出した重い量刑が相当であると考えていることは明らかである。もとより、前記のとおり、これまでの傾向を変容させる意図を持って量刑を行うことも、裁判員裁判の役割として直ちに否定されるものではないが、しかし、そうした量刑判断が公平性の観点からも是認できるものであるためには、従来の量刑の傾向を前提とすべきでない事情の存在について、裁判体の判断が具体的、説得的に判示されるべきである。四 これを本件についてみると、指摘された社会情勢等の事情を本件の量刑に強く反映させ、これまでの量刑の傾向から踏み出し、公益の代表者である検察官の懲役一〇年という求刑を大幅に超える懲役一五年という量刑をすることについて、具体的、説得的な根拠が示されているとはいえない。その結果、本件第一審は、甚だしく不当な量刑判断に至ったものというほかない。同時に、法定刑の中において選択の余地のある範囲内に収まっているというのみで合理的な理由なく第一審判決の量刑を是認した原判決は、甚だしく不当であって、これを破棄しなければ著しく正義に反する」。本判決は、量刑が「行為責任の原則を基礎」とすること、裁判例の集積が目安となること、量刑要素が適切に評価され、結果が「公平性」を損なわないことを要することを説示した。責任の原則が量刑の「基礎」となることは、「基礎」の意味を如何に解するかは別として、責任主義に立脚する刑法の帰結である。行為者の「責任」とは関係のない要素が責任の評価要素として考慮されることがあつてはならない。この点で、第一審が「児童の生命等尊重の要求の高まりを含む社会情勢」、つまり「厳罰要求」を「行為責任」と関連づけているのは誤りである。それはせいぜい、一般予防、特別予防において考慮されるべき要素である。しかし、予防の考慮が許されるからといって、基本的に「行為責任」からの不相当な逸脱は許されない。その際、従前の裁判例、それを基にした「公益の代表者」である検察官の「全国的な量刑基準」による求刑が一応の目安となる。本判決が説示するように、

- 求刑を大幅に超える量刑をするには、そのことの「具体的、説得的な根拠」が示されねばならない。参照：原田國男「裁判員裁判の量刑の在り方——最高裁平成二六年七月二四日判決を巡って」『刑事法ジャーナル』四二(二〇一四)四三頁以下。
- (360) C. Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, Jus 1966, 377 ff., 385; *Hirsch*, (Fn. 52), 758. 参照：宮澤浩一「責任主義」(中山研一等編『現代刑法講座第二巻 違法と責任』所収・一九七九年・一六九頁以下)一九二頁以下。
- (361) E. Horn, (Fn. 359, wider), 241 ff.; *ders.*, Zum Stellenwert der „Stellenwerttheorie“, in: Bruns-FS, 1978, 165 ff.; dazu kritisch H. Müller-Dietz, *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems*, 1979, 28 f.; C. Roxin, *Prävention und Strafzumessung*, in: Bruns-FS, 1978, 183 ff.
- (362) H. Kury, *Strafvollzug und Resozialisierung. — zur Wiederbelebung des Behandlungsansatzes* — (II), *Hokkai-Gakuen Law Journal*, Vol. 34, No. 3, 645 ff., 654 (邦訳：吉田敏雄「行刑と再社会化—処遇思想の再活性化(上)」北海学園大学『法学研究』三四・三(一九九九年)六二五頁以下)。
- (363) Vgl. C. Roxin, *Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke*, in: Schultz-FS, 1977, 463 ff., 479 f.; Moos, (Fn. 35), 314; Müller-Dietz, (Fn. 361), 30.
- (364) G. Kaiser, *Zweckstrafe und Menschenrechte — Das „Marburger Programm“ hundert Jahre später — Eine Bilanz*, *Hokkai-Gakuen Law Journal*, Vol. 18, No. 2 (1982), 437 ff., 460 (邦訳：「目的刑と人権——ロールケ百年——総括」北海学園大学『法学研究』一八・二(一九八二)一七五頁以下); *ders.*, *Kriminologie*, 3. Aufl., 1996, § 91 Rn. 4.
- (365) H. Schöch, *Empirische Grundlagen der Generalprävention*, in: Jescheck-FS, *Zweiter Halbband*, 1985, 1081 ff., 1104.
- (366) BGH 20, 264 (267).
- (367) BGH, NSZ 1982, 463; 1983, 501; 1986, 358.
- (368) Vgl. *Jescheck/Weigend*, (Fn. 1), § 82 IV 7 b. Moos, (Fn. 324), § 75 Rn. 47.
- (369) 法務省刑事局『改正刑法草案説明書』一九七二年。
- (370) ミインツは、行為者—被害者—和解 (Täter-Opfer-Ausgleich) という用語が用いられ、オーストリアでは裁判外行為和解 (Außergerichtlicher Tausgleich) とする用語が用いられる。前者の概念は被害者との紛争だけを示唆し、社会、法との紛争を無視しているような印象を与えるので、後者の概念の法が適切である。そのみならず、後者は公共に役立つ労働、公益団体への寄付等を包含する点でも有用である。Vgl. Moos, (Fn. Außer), 345.

- (371) *Moos*, (Fn. 308), 346 f.; *E. Steininger*, Wiedergutmachung als dritte Spur neben Strafen und Maßnahmen, JbI 1990, 137 ff. 150.
- (372) *H. Schöch*, Strafrecht zwischen Freien und Gleichen im demokratischen Rechtsstaat, in: Maihofer-FS, 1988, 461 ff., 467.
- (373) *D. Rössner*, Wiedergutmachen statt Übelvergelteten, in: *D. Rössner, E. Marks* (Hrsg.), Täter-Opfer-Ausgleich, 1989, 7 ff., 20 f.
- (374) *Moos*, (35), 312 f.; *Steininger*, (Fn. 371), 146.

## Schuld (5)

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 (Bd. 50, Nr. 2)
  - C. Die Auseinandersetzung mit der Willensfreiheit in Japan
    - a. Kimura Kameji
    - b. Dando Shigemitsu
    - c. Hirano Ryuichi
    - d. Fukuda Taira
    - e. Nakayama Kenichi
    - f. Eine Zwischenbilanz
- (4) Psychologische Vorgänge bei der Willensbildung

### Zweites Kapitel Geschichtliche dogmatische Entwicklung des Schuldbegriffs — vom psychologischen Schuldbegriff zum normativen Schuldbegriff —

- (1) Deutschland
  - A. Frühere Lehre (Bd. 50, Nr. 3/4)
  - B. Der Schuldbegriff von heute
    - a. Müller-Dietz
    - b. Jescheck
    - c. Bauman/Weber/Mitsch
    - d. Schöch
    - e. Der funktionale Schuldbegriff
      - aa. Roxin
      - bb. Jakobs
      - cc. Streng

- dd. Merkel
- f. Der Charakterschuld
- g. Das Strafrecht ohne Schuld
- (2) Österreich
  - A. Frühere Lehre
  - B. Der Schuldbegriff von heute
  - C. Die Zumutbarkeit als allgemeiner Entschuldigungsgrund
- (3) Die Schweiz (Bd. 51, Nr. 1)
- (4) Japan
  - A. Die charakterlistische Schuldlehre der modernen Schule
  - B. Die individualmoralische Schuldauffassungen
    - a. Die staatssittliche Schuldauffassung
    - b. Die persönlichkeitschuldauffassung
  - C. Die Einzeltatschuldauffassung
    - a. Fukuda Taira
    - b. Nishihara Haruo
    - c. Ohya Minoru
    - d. Uchida Fumiaki
    - e. Naito Ken
    - f. Eine Zwischenbilanz
  - D. Die nicht individualmoralische Schuldauffassungen
    - a. Kimura Kameji
    - b. Hirano Ryuichi
    - c. Horiuchi Shozo
    - f. Masuda Yutaka (Bd. 51, Nr. 2)
- Drittes Kapitel Strafrecht, Rechtsschuld, Rechtsstrafe, Strafzumessung und Außergerichtlicher Tatausgleich
- (1) Strafrecht
- (2) (Un)recht
- (3) Die objektivierte, sozialetische Schuld als Rechtsschuld
  - A. Der Gehalt des Schuldbegriffs
  - B. Maßstab
  - C. Tatschuld und Täterschuld
- (4) Rechtsstrafe
- (5) Strafzumessung
  - A. Schuld als Maßprinzip für die Strafzumessung
  - B. Das Verhältnis der Schuld zur Prävention
- (6) Außergerichtlicher Tatausgleich (Bd. 51, Nr. 3)  
(Die Fortsetzung folgt.)