

# 刑事責任と非難

## — 法的責任の前提としての非難の純化 —

三宅孝之

- 1 はじめに
- 2 刑事責任
  - (1) 責任の本質 道義的責任と社会的「責任」
  - (2) 続・責任の本質
  - (3) 近時の責任と予防をめぐる議論
  - (4) 補説 一般予防と特別予防
- 3 非難と法的責任
  - (1) 佐伯説の可罰的責任論
  - (2) 内藤説の法的責任論
  - (3) 中山説の実質的責任関係論
  - (4) 浅田説、松宮説、山口説の非難と責任
  - (5) 英米学説、米国模範刑法典
- 4 おわりに

### 1 はじめに

わが国の刑事司法制度は、今日、新しい状況の下で、変容を迫られてきている。その変容は、「これほどまでに、刑事立法が動いている時代はない」<sup>(1)</sup>といわれるように刑事立法が多用されるなかで生じている。その背景には、現代日本社会に生起する多種多様な危険や不安を背景にした国民の犯罪に対する不安に 대응しようとしていることに一面がある。それらの立法は、被害者等の刑事裁判への関与に伴う刑事訴訟法の改正、交通関係の危険運転致死傷関係の刑法条文追加とその後の特別法化<sup>(2)</sup>、さらには少年法領域での原則刑事処分への年齢引き下げなどの一連の立法的動きとして見る事が

できよう。

また、刑事裁判において、2009年以来導入された裁判員制度の場面において、制度上、市民が有罪の認定のみならず、刑の量定においても関与することから、責任能力の認定および刑事責任に基づく刑の量定も担うことになっている。このことから、裁判員制度の下で、職業裁判官に従来委ねられていた罪の認定および刑の量定の判断基準が、市民を裁判員として加えることによって、これら判断基準に変更・変化が生じるのか、あるいは、それとも変わらずに、ただ裁判官が素人の裁判員に理解できるよう説示することにとどまるのかも考慮しながら、責任と予防の今日的問題を改めて考える必要も生じている。

裁判員裁判における量刑の重罰化傾向も生じていることがある。<sup>(3)</sup>国民の危険感や不安感を除去することが優先され急であることから、この「国民の期待」が刑事理論の正当性を放擲し、国民の必要性という、現代ポピュリズムの迎合でしかないとすれば、改めて、刑事法の原則、とりわけ刑法の謙抑主義、断片性、そして何よりも責任主義は現代的にどのようにあるべきかを問うことが迫られており、その解明が必要となっているということにある。<sup>(4)</sup>もっとも、責任主義といえども、歴史的に確定し固定されて理解されたりジッドなものではないことから、現代的な責任主義の把握が今日でも依然として課題となっている動的な性質をもっていることは認めなければならないであろう。そこでは、従来の責任刑法というべきものが、責任の概念を構成するさいに、予防目的が考慮されてきている状況変化を示しているともいえる。

本稿は、この刑事立法による責任主義にかかわる現代的揺らぎというべき状況をみることで、なお原則的な理論的な堅持と現代的な再構成のあり方を模索し提示しようとするものである。具体的には、まず、つぎの第2章では責任主義に関する原則と現代的理論状況を見た上で、第3章では非難と法的責任について、第4章のおわりにでは今後の展望と方向性を示唆することにする。本稿は、研究ノートの域を出ないが、現在の到達点として提示した。

- (1) 後藤弘子「変容する刑事規制と刑事法学の課題－国民の期待と刑事政策－」刑法雑誌43巻1号（2008年）57頁以下。後藤は「『国民の期待』に応えられない刑事立法は、今や法制度としての存在基盤が危うい状況にある」（同59頁）とする。後藤は、国民の「期待は、刑法の謙抑性を呪文のように繰り返すだけで、解消するものでないことも確かである。今後、必要なことは、社会の刑罰法規への期待を過小評価することなく、刑事立法の意義を再検討していくことである」（同69頁）とする。
- (2) 新たに交通関係の危険運転関係の特別立法「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」を創設することにより、この間刑法に規定されてきた、危険運転致死傷罪および自動車運転過失致死傷罪が削除され、病気の影響下での死傷事故の新罪等が盛り込まれようとしている。2013年4月5日。毎日新聞12A版記事。
- (3) 2001年の司法制度改革審議会の最終意見書を承けて後、裁判員制度の具体的な設計の時点での裁判員への期待、課題が語られてきていた。佐藤博史発言「市民が犯罪者に対する適正な刑とは何かを考える、あるいは同種の犯罪を防止するにはどうしたらよいかを考える…。市民が現実の裁判で生身の人間を裁くことは、…実に真剣なものです。その場合、刑務所での処遇の実際を知ることにも有益で、裁判員の研修についても考える必要があるでしょう。…適正な量刑はかなり難しいことで、ある程度経験を積む必要がある…。市民が量刑することについて、学習や経験を重視しない制度は、かえって危険ではないかと思えます」現代刑事法（特集 裁判員制度導入の諸問題）32号（2001年）12頁。また椎橋隆幸発言「世論調査によりますと、一般国民には、現在の裁判の量刑については軽すぎるという考えを持っているようです」同13頁。甲斐行夫発言「鑑定の問題をどうするべきかが、今後、非常に問題になるだろうと思います」24頁。これらの発言は正鵠を射ていた。裁判員制度導入前に懸念されたことは、裁判員法施行による制度導入後4年目を迎えた時点で、刑執行の現状（刑事施設・死刑執行場の処遇）、適正な量刑、鑑定面で問題を抱えていることが顕在化している。
- (4) 2000年当時の少年法改正議論の背景にあるとされた厳罰化要求を引き起こす「犯罪不安」から犯罪統制の強化に対する「国民の期待」に短絡的に応える刑事司法のあり方の問題点を指摘して、「経験科学的研究の知見を踏まえた正確な事実認識に基づき、市民に開かれた自由な討論を経て、科学的・理性的態度の下で刑事立法を行わなければならないと」することが必要である。葛野尋之「経験科学と刑事立法－「国民の期待」への応答をめぐって…」立命館法学

273号（2000年）23-24頁。

## 2 刑事責任

刑事責任は、まず、今日に至るまで歴史的に貫通している近代刑法の成立とこれを支える基本思想から見ておく必要がある。近代刑法の前史を飾る啓蒙主義の刑法思想は、フランスの場合、フランス革命（1789年）前の旧制度の刑法思想の否定という性格をもつものであった。その旧制度（アンシャンレジム）の刑法思想は、①法と道徳・宗教との不可分性、②身分による処罰の不平等、③罪刑専断主義、④過酷な刑罰を特徴とするものであった。この旧制度の刑法思想の克服こそが、啓蒙主義の刑法思想であり、近代刑法の出発点であった。

近代刑法の基本原則の一つが責任主義であり、「責任なければ刑罰なし」の標語をもって表現される。この責任主義は、プーフェンドルフ（1632～1694）に見られる人間が理性をもった自由意思にしたがって正邪の行為をも判断しできるとする啓蒙主義の原理として、国家による「刑罰権の恣意的行使を規制し、国民の基本的人権を保障する原則」<sup>(5)</sup>として刑法上重要な機能を果たしてきたとされる。責任主義は、「責任あれば刑罰あり」という責任の存在を根拠に国家の刑罰権を導き処罰（刑罰）を積極的に肯定しようとする積極的責任主義としてではなく、刑罰を科すには責任の存在を前提とし必要とする消極的責任主義とも言われる考え方であり、このような理解は今日の到達点であり責任主義の理念に合致するものである。この理解によって、責任主義の拠って立つ考えは、国家権力による市民に対する処罰範囲の不当な拡大を抑制するための制度的な保障であり、法治国家的な、また人権保障的な機能をもつことにもなる。ここから、責任を超えた刑罰が認められないことも導きだされてくる。<sup>(6)</sup>

責任主義は、それを踏まえることによって、犯罪を契機とする不当な自由剥奪を回避するだけでなく、不公正で恣意的な刑の適用（量刑）をも認めるものであってはならない。しかしながら、近時の議論において、責任主義の

意義が問い直されており、とりわけ責任と予防目的をめぐる議論、具体的には、犯罪論において責任概念に刑事政策的要素である犯罪の防止の可能性、刑罰効果を合理的に具体化して考慮すべきではないかとするものである。<sup>(7)</sup>

それゆえに、改めて、責任主義の原則を維持したうえで、責任に何を含ませるか、今日的には予防またはその必要性、とりわけ一般予防と責任との関係性を明らかにすることが重要になる。

### （1）責任の本質 道義的責任と社会的「責任」

責任の本質の理解をめぐるのは、従来の「新旧両派の争い」として対立状況があったとされた。しかし、その対立は、歴史的には、旧派とされる古典学派はさらに、啓蒙主義期の刑法思想の影響を濃厚に反映した前期旧派と伝統的な後期旧派とに細分化して理解することが必要である。

前期旧派（前期古典学派）は、フォイエルバッハ（1775～1833）によって完成されたものである。この前期旧派は、意思決定論（自由意思否定論）を基にし、道義的非難・応報論を否定するものである。刑罰予告に第一義的意味を見出しており、刑罰の執行は法による刑罰予告が真剣であることを示すに過ぎない。前期旧派は、この点で、カント（1724～1804）の人格至上論の見地から刑は犯罪行為のゆえに科す考えと共通するものであって、他の目的（一般予防および特別予防）のために科すものではないとし、刑罰の執行は第2次的な意味しかもたないとするものであった。<sup>(8)</sup>

今日、後期旧派（後期古典学派）は自由意思論（非決定論）の立場から個別行為に対する意思責任が問われ、道義的非難を軸にした責任論が展開される。刑罰は、犯罪行為に均衡する害悪の賦課であり、これ通じて罪を贖わせ、あるいは一般人を威嚇して犯罪防止を図ろうとするものである。佐伯が指摘したように、この後期旧派は、ヘーゲル哲学の影響の下に、刑罰は法の否定である犯罪とその否定である刑罰による権威の回復とする弁証法的な応報刑論によって、フォイエルバッハが影響を受けたカントの刑法理論もその一面が応報論的に再解釈され表面に出され、カント・ヘーゲルの両者が応報刑論

の守り神とされたのである。<sup>(9)</sup>このように、後期旧派は、ドイツにおいて見られるように、ドイツ第二帝国の成立と帝国刑法典の制定（1871年）を歴史的な背景とし、台頭する後述の新派（近代学派）との理論的対決の過程で、法実証主義とドイツ観念論の影響を受け、国家主義的で権威主義的であり、形而上学化、観念化した面を特徴としてもっている。<sup>(10)</sup>

これに対して、新派（近代学派、実証学派）は、リスト（1851～1919）に見られるように、自由意思否定論（決定論）の立場から、罰されるべきは、素質と環境によって導かれる犯罪行為ではなく、行為に徴表される社会的危険性から社会は防衛・保全する必要があるとあり、犯罪者はその防衛の処分を受けべき地位をもつとし、この地位を性格「責任」、社会的「責任」とするものである。したがって、刑罰が科される場合があるとしても、それは社会を防衛・保全するために、犯罪人の教育、再社会化の目的からである。犯罪者の改善による予防は特別予防であり、一般人に対する刑罰による威嚇は重視されない。刑罰を科すために必要な刑事「責任」能力とは、刑罰に感銘力をもちうるかの刑罰適応能力となる。

## （2）続・責任の本質

社会的責任論を否定し、責任の基礎は相対的意思自由論に求めるべきであるとするのが、今日の刑法学説の通説的見解である。大谷の見解は、絶対的意思自由論の否定と道義的責任の維持とに特徴がある。

「責任の観念は、自由の意識を前提とする非難または非難可能性をその内容とするものであるから、これを否定する点で社会的責任論は支持できない」。「責任概念の基礎は道義的責任論に求めるべきである。もともと、道義的責任論は、古くは絶対的自由意思の存在を認め、およそ悪しき意思としての故意・過失という心理的事実が認められる限り道義的非難が可能であると論じていたが、現在では絶対的意思自由は否定され相対的意思自由の観念を基礎として、素質と環境の制約を受けながら主体的に惹起した行為について道義的な非難が加えられるべき

である。』<sup>(11)</sup>

### （3）近時の責任と予防をめぐる議論

ア 1960年代以降、今日では、新旧両派の間に、相対的な非決定論、決定論の主張が見られ、接近と統合が行われている。その背景には、①旧派、とりわけ後期旧派からの道義的責任論が積極的責任主義である「責任あれば刑罰あり」に墮するのではないかということへの批判<sup>(12)</sup>、②形而上学的、擬制的な意思自由論への批判、③法と社会的倫理を峻別すべきとする法益保護主義の立場からの社会的倫理（規範違反）主義に対する、刑法の役割に関する批判等がある。<sup>(13)</sup>

イ 責任の本質をめぐる論争は、今日では、「相対的意思自由論」、「虚構としての意思自由論」と「やわらかな（ソフトな）決定論」とに基礎を置いた対立をもちながら展開してきた。最近では相対的意思自由論<sup>(14)</sup>や「虚構（フィクション）でない意思自由論」<sup>(15)</sup>のほか、責任論において予防目的を考慮する「やわらかな決定論」に立脚した議論が見られるようになった。<sup>(16)</sup>

ウ これまでに予防目的を積極的に責任論において展開するのは、平野のやわらかな決定論からの性格論的責任（実質的行為責任）論である。この立場からも他行為可能性がある場合に、法的な非難は可能であるとする。<sup>(17)</sup>この立場は、責任非難を将来の行為に向けられた展望的な「非難」とする抑止刑論からの考えとも合致する。この考えからは有責性を「処罰によって抑止される性質」とし「抑止可能性」と呼ぶのである。<sup>(18)</sup>また、責任、非難可能性は「刑罰の目的ないし有効性から逆算して」、「その国、その時代の国民の規範意識を基礎に、行刑理論等も参考に、科学的方法を最大限に利用し」明らかにすべきとする見解も同旨である。<sup>(19)</sup>

これらの責任における非難は、違法行為に対する回顧的な道義的非難とは異質のものであり、将来に向けられた展望的な非難であるということができよう。



エ さらに進んで、責任は非難を根拠にしなければならないかについて、「非難可能性は責任論から排斥し、予防目的に置き換える」<sup>(20)</sup>ことができるとする立場がある。この立場は、責任主義がもつとしてきた①刑罰権を基礎づける機能を、道義的責任論の非難可能性とは異なる「(社会的)非難」に置き換え、他方で②刑罰を限定し量定する機能を、本来的に責任の外にあるものとし、均衡(比例)原則によって援用することになる。<sup>(21)</sup>

このことは、内藤が指摘するように、①歴史的に、近代刑法が責任と自己決定の自由(証明不可能としても)を、個人の尊厳を保障するための基本原理とした法制度上の要請として堅持するのか<sup>(22)</sup>、②非難を社会の健全な道義観念(社会倫理)から断ち切って基礎づけるのか<sup>(23)</sup>等の議論を深める必要があることを示すものである。

#### (4) 補説 一般予防と特別予防

近時の責任の本質的内容を、刑罰目的、刑罰効果等によって経験化、実質化しようとする傾向は、刑罰論における予防機能の考慮と連動し、関係している。いいかえれば、これまでは、責任の本質問題とは別個に刑罰目的、機能を論じるなかで一般予防が論じられてきていたといつてよいであろう。すなわち犯罪者を処罰する刑罰の目的は何かということ、また刑罰をとまなう刑法の目的は何かということで、論じられたのである。今日の刑罰目的論は、四目的(目標)である①応報、②抑止、③無害化そして④社会復帰を考慮して展開している。<sup>(24)</sup>これらの目的を、刑罰論にとどまらず、さらに責任論にまで取り込むところに、近時の積極的一般予防論の特徴があった。

このうち、抑止は英米刑事法の処罰目的の用法であり、ドイツおよび我が国の第二次大戦後の英米刑法、犯罪学の影響のもとでは、ある程度の理解があるが、従来用法では、抑止とは、一般予防(抑止)および特別予防(抑止)ということでの理解が適切であろう。

英米刑事法上の抑止刑論(Deterrence)は、刑罰実施の合理性を認め、将来的犯罪の実行の抑止のためにあるとする。抑止刑には潜在的な犯罪者への



一般抑止と有罪被告人に犯罪への関与を見込めないようにする特別抑止がある。<sup>(25)</sup>しかし、抑止刑論が、一般予防と特別予防のいずれに重点を置いているかといえば、前者の一般予防であり、その際にも、むしろ一般威嚇予防とすることができよう。<sup>(26)</sup>

ア 刑の予告による犯罪利益と刑罰賦課による不利益の考量を理性的に判断できる一般国民に期待し、犯罪を予防することに重点があり、また刑罰執行に重点はなかった。この心理強制説の一般予防論は近時の刑罰執行に重点を置くことを含めた一般予防論の復興があり、「一般予防論のルネッサンス」(シェーネマン)と評されることから、啓蒙期、旧派(古典学派)の一般予防論をその内容、性質から消極的一般予防論とすることができる。

イ 同時期に、刑罰の主要目的を特定の犯罪者の処罰のみによる無害化にあるとしたものは、後の新(近代学)派以降の刑罰、刑執行の処遇論を積極的に展開した議論との対比では、消極的特別予防論とすることができる。この消極的一般予防論者には、フォイエルバッハとの間に論争を展開したシュテューベール(1764-1827)、グロールマン(1775-1829)を挙げることができる。<sup>(27)</sup>

ウ 19世紀末以来、前述のとおり、新派刑法学、医・諸科学の発展の中で、犯罪者の特別予防に優位性を置く改善刑、教育刑論が台頭してきた。新派、近代学派以来の犯罪者特性に応じた改善社会復帰を処遇内容の重点に置く立場は、積極的特別予防論とすることができる。1970年代以降、この積極的特別予防論の効果については懐疑が生じ、また近時の社会システム論や社会心理学の知見から、刑罰法規、刑罰のもつ一般予防に優位性を置く流れが起きてきた。

エ この流れの一典型であるアメリカ合衆国では、その刑罰学および矯正政策において多大な影響を及ぼしてきた社会復帰、矯正改善の特別予防の効果をも疑問、否定する思潮が生まれ、それまでの社会復帰思想に支えられていた1917年来の不定期刑法が1976年に廃止され、司法裁量を狭めた定期刑に移行したことは、象徴的な処遇悲観論の登場でもあった。<sup>(28)</sup>カリフォルニア州

においては、1990年のブルーリボン（Blue Ribbon）委員会リポートによって、それまでの11年間に刑務所収容人口が2万2500人から10万余人に至っている現状を、さらに1994年までに13万6000人、また刑務所建設費350億ドルの緊急支出を提言し、大量収容（人口）時代を迎えることになったが、これは一典型であった。この大量収容の動きは、1992年のフレズノ市（Fresno）で起きた19歳間際の少女（Kimber Reynolds）への誘拐殺人事件を契機とした累犯者とりわけ性犯罪者への世論の重罰化要求の風潮下で、1994年3月に施行された三振法（“three strike” legislation）によって加速した。<sup>(29)</sup>

オ このように予防とは、一般予防および特別予防を指すものである。その前提としての責任に予防目的を追求することは、同時に追求する目的の範囲まで自由への介入を認めることになり、目的には内在的な制限的原理はない。制約的原理は予防目的外に、たとえば犯罪という違法行為の法益侵害性との「比例（均衡性）の原則」と国家権力発動の制約原理しかないであろう。この点で、責任における予防目的を第一義的に考える論者が、比例原則を外在的な予防目的を制約する原則として採用するのは肯定できる。

カ 責任主義の考えは、わが国の刑法典では、38条以下の規定によって具体化されており、責任は責任能力と故意・過失を要件とすること、また学説上も期待可能性の存することを要請することに共通性がある。そして、責任の本質が非難であり、犯罪の行為者は非難可能性がなければ、刑罰をもって処罰してはならないとすることにも一致がある。

(5) 堀内捷三「責任論の課題」刑法理論の現代的展開・総論Ⅰ（1988年）173頁参照。ベッカー、ア、ヴォルテール、ホンメル、ベンサムらの啓蒙主義の刑法思想は、国家の刑罰権の根拠を社会契約説によって基礎づけ、刑罰をもって理性人である市民に社会契約を守らせ、違反をさせないために威嚇ないし心理強制を行うという構成をとっており、このために事前に議会で制定された犯罪と刑罰を明確にした法律を求め、刑罰を行為の重さに比例させる罪刑均衡主義をも導いた罪刑法定主義を生み出した。啓蒙主義の刑法思想は、刑罰内容の人道化と寛大化、刑罰の最小限適用・抑制である謙抑主義的傾向をもち、応報刑

の主張ではなく功利主義的な目的論的な刑罰観であったとされる。中山研一・刑法総論（1982年）20頁、佐伯千仞・刑法講義（総論）（1968年）58-61頁参照。刑法における新旧学派という呼称は、わが国では隆盛であったものの、国際的に一般性をもつものではないが、わが国の慣用でこの語を用いた。大塚仁・刑法における新・旧両派の刑法理論（1957年）。瀧川幸辰「啓蒙時代の刑罰思想（1・2完）」法学論叢18巻1、2号（1927年）121、95頁以下、中山研一「ホンメル刑法思想（1～3完）」刑法雑誌14巻1号、3・4号（1966年）、16巻1号（1974年）、109、79、154頁以下、内田博文「マラーと刑法」愛媛法学会雑誌1巻1号（1974年）37頁以下参照。

(6) 平野は、責任主義は犯罪の成立を限定する原則であって、犯罪の成立拡張する原則ではないとし、前者を消極的責任主義、後者を積極的責任主義と先駆的に区分して呼称し、責任主義の本来の意味は前者の消極的責任主義にあるとした。平野龍一・刑法 総論I（1972年）52-53頁。村井は、責任主義（責任原理）が「現代における刑事責任の最低限度の内容」であり、「責任がなければ処罰されない」という消極的責任主義であるとする。このことから、さらに進んで、責任は有無だけでなく、程度概念であるとし、責任の程度が低く、処罰するまでのことがない場合に犯罪としないか、あるいは犯罪であることは認めても刑罰を科さないでおくことも許容するものであり、「責任とは可罰的責任である」ことを正しいとする。村井敏邦・現代の『犯罪と刑罰』（1990年）51-52頁。

(7) 堀内、同前掲論文、注（5）、173頁。

(8) 佐伯千仞、前掲書、注（5）、60頁。Vgl. E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege(1965), 232 ff.

(9) 同、63頁。佐伯は、後期旧派と一般予防論との結合につき、19世紀後半に新派・近代学派の実証学派が勃興し、目的刑論を強調すると、旧派・古典学派の応報刑論は目的論と、これへの対抗上、目的論的理由づけの必要性が自覚され、そこに応報刑論と一般予防論が連結し、その媒介は両者に共通する客観主義にあったと歴史分析するが至当である。同、65頁。大塚は、カントの刑罰論に関して、「徹底した絶対主義応報刑論」とする。フォイエルバッハに継承された人格至上主義の立場は、カントの人格至上論、すなわち犯罪者の人格もすべて自己目的として尊重し単なる他の目的の手段とすべきではないとする一面、すなわち実践的命法である「君自身の人格並びに他のすべての人格に例外なく存するところの人間性を常に同時に目的として用い、決して単に手段としてのみ使用しないように行為せよ」は看過されてはならない。佐伯59頁、カント（篠田英雄訳）・道徳形而上学原論（1960年、岩波文庫315）76頁。

(10) 内藤謙・刑法講義 総論（上）（1983年）67頁参照。

- (11) 大谷實・刑法講義総論（新版4版、2012年）306-307頁。
- (12) 平野は「道義的責任論をとるときは、責任主義は積極的責任主義に傾きやすい。そして、立法にあたって、犯罪は社会倫理の違反だとする考え方とむすびについて、責任ある行為はすべて処罰すべきだとする「犯罪化」の傾向を持ちやすいことに注意する必要がある」ことを喚起していた。平野、前掲論文、注（5）53頁。
- (13) 議論動向の整理につき、責任能力との関係においてであるが、拙稿「責任能力と一般予防論」法学教室（特集 刑法総論の新論点）137号（1992年）23頁。
- (14) 萩原は「素質・環境の影響を受けながらも方向づけをしていく主体的な自覚的存在として人間を捉えるという団藤博士の人間観は、その人格責任論の採否に関りなく、賛同できるものである。人間の行為には素質・環境によって決定されている部分とそうでない部分とがあり、違法行為を行った場合には自らの主体的な選択によりそれを為したという点に責任非難の根拠が存するのであるが、同時に人間の行為が素質と環境によって決定されている関係で、特別予防および一般予防の観点から国が刑事政策的な措置を施すことも要請されるのである」とし、応報論的責任論を妥当とする。萩原滋「予防論的責任論の批判的検討」法学会雑誌55巻1号（2005年）85頁。
- (15) 浅田は、佐伯説と同様に規範的責任論を基礎において、さらに可罰的責任論を展開する。すなわち「規範的責任論に従い、責任の実質は個別行為についての非難可能性（個別行為責任論）と解すべきと考えるが、そのことは究極において意思自由を（フィクションとしてではなく）認めることを要請する。ここにいう意思自由は、無原因の意味ではなく、因果連関の決定に何かを加えることを意味し、その何かが行為者の自己決定である場合に他行為可能性が認められるとするものである。規範的責任論は、外部から加えられる非難や帰属ではなく、むしろ心理的責任論を前提として、非難可能な行為者の心理状態を責任（故意・過失は責任要素である）とする理論と解すべきである。」浅田和茂「責任論」ジュリスト（特集 刑法典の百年）1348号（2008年）39頁。
- (16) 自由意思を認めつつ決定論に傾斜し、自由意思論の応報刑論への帰結を避けつつ予防を考慮しようとする相対的決定論というべき立場も見られ、刑罰による動機づけを通して、将来の犯罪予防を可能とする。内田文昭「決定論と予防論」内藤謙他編・刑事法学の課題と展望（香川達夫博士古稀祝賀）（2006年）261頁。
- (17) 平野は「行為の背後に、行為者の人格ないし環境を考える考え方、逆にいえば、行為にあらわれた限度で行為者の人格ないし環境を考慮して責任の軽重を考えるのを実質的行為責任と呼ぶ」とする。平野龍一・刑法総論Ⅰ（1972年）

62頁。やわらかな決定論につき「自由であるかどうかは、決定されているか決定されていないかの問題ではなく、なにによって決定されているかの問題である。そして、刑法の場合は社会的非難によって決定されることが自由なのである。刑罰も人間のもつ法則性を利用して、将来行為者および一般人が同じような事態のもとで犯罪を行なわないように新たな「条件づけ」を行なおうとするものにほかならない。…行為が人格相当であれば、それだけ責任が重いのである」とする。ここには、責任に基づく刑罰という条件付けによる犯罪抑止（予防）の考えがある。同・刑法の基礎（1969年）40頁。

(18) 所一彦「抑止刑と自由意思」平野龍一先生古稀祝賀論集下巻（1991年）57頁。

(19) 前田雅英・刑法総論講義（1988年）283頁。

(20) 堀内捷三「責任主義の現代的意義」警察研究61巻10号（1990年）18頁。

(21) 堀内捷三、前掲論文、注5、196頁。ドイツにおける対案グループが「刑法の世俗化・脱形而上学化」「カント・ヘーゲルからの訣別」の標語の下に、道義的責任論を批判し、責任と予防の調和を図ろうとして展開されたクラウス・ロクシン、ギュンター・ヤコプス、ヴァインフリート・ハセマー間での論争とアルトゥール・カウフマンの反論と、わが国における議論につき、概説したものに、浅田、前掲論文、注15、37頁。ロクシン（宮澤浩一監訳）・刑法における責任と予防（1984年）。ハセマーは、責任応報ではなく法益保護を、また責任非難に代えて均衡（比例）原則を基準にすべきとした。ヴァインフリート・ハセマー（堀内捷三編訳）・現代刑法体系の基礎理論（1991年）91頁。カウフマンは「責任は刑罰を限定するだけでなく、必然的に基礎づける」とする。「刑法における責任原則のための反時代的考察」（浅田訳）アルトゥール・カウフマン（上田健二監訳）・転換期の刑法哲学（1993年）159頁。

(22) 内藤謙、前掲書、注（10）、113頁。

(23) 大谷實「刑法と社会倫理」法学教室120号（1990年）54頁。社会倫理は元来、道徳と同じ意味とし「社会に対する行為あるいは社会の構成員の行為を相互に規律するものとして、社会において一般に承認されている人間の良心に基づく社会規範」をいうとし、「社会的行動の是非、それが許されるべきか否かに関する社会的コンセンサスまたは社会通念も、それが人間の良心を基礎にする社会規範である以上、社会倫理といってよい」。社会の健全な道義的観念、すなわち社会倫理に基礎を置くものであって初めて民意に即した刑事司法、真に民主主義的な刑法理論に値するとする。同、52、54頁。

(24) Kathleen Auerhahn and Caitlin J. McGuire, *Revisiting the Social Contract: Community Justice and Public Safety*, 2010, at 8.

(25) Sanford H. Kadish, and Stephen J. Schulhofer, *Criminal Law :Cases and*

Materials (6<sup>th</sup> edition 1995), at 115. 抑止刑論を疑問とする議論は、犯罪者および将来的犯罪者が有罪リスクと拘禁刑の不快感の見込み評価によって犯罪を思い止まるかに集中している現代の抑止刑論は、一般国民の法順守行為の習慣を教え込み維持することで、刑罰がもつ広範な効果も強調する。抑止刑をめぐる他の議論は、犯罪者を処罰することが、他の者の犯罪抑止目的で行われるこのもつ倫理性 (morality) にある。

(26) Franklin E. Zimring and Gordon Hawkins, *Deterrence :The Legal Threat in Crime Control*, 1973, at 70. 一般予防威嚇とは、法的な威嚇 (Legal threat) であり、公的機関 (威嚇する当局) が法の支配に基づき、特定人ではなく、一般市民に向けられているものである。例として、スミス＝ジョーンズが示した、国家法レベルでなく自治体レベルでの条例による刑事訴追、罰金つきの芝生内立ち入り散策の禁止条令の掲示が挙げられる。規則遵守 (遵法) は、アンデナエス (Andenaes) が指摘するように、この禁止掲示で、一般人には十分であるが、処罰の抽象的な威嚇では感受性をもたない者がいるので、処罰が日常生活に関わる、つまり支障が生じることになる具体的な刑を明示しておかなければならない。 *Ibid.*, 87. 抑止刑論における一般予防の威嚇効果をめぐる実証研究による証明は十分な段階にない。藤岡一郎「一般予防論の現状と課題－最近の英米の研究を中止として－」刑法雑誌27巻3号 (1986年) 547頁。

(27) E. Schmidt, *supra* note 8, ss.226-227. 刑罰威嚇ではなく、刑執行 (行刑) に重点を置く。

(28) F. A. Allen, *The Decline of the Rehabilitation Ideal*, 1981; Andrew von Hirsch, *Doing Justice: The Choice of Punishment*, 1976; The American Friends Service Committee, *Struggle for Justice: A Report on Crime and Punishment in America*, 1971; Kadish et al, *supra* note 25, at 121, 125.

(29) Mike Reynolds, Bill Jones & Dan Evans, *Three Strikes and You're out!*, 1996, at 1 ; Jonathan Simon, *Criminology and the Recidivist*, in David Shichor & Dalek K. Sechrest (Eds.), *Three Strikes and You're out*, at 24 ; *Vengeance as Public Policy*, pp.290. この世論の三振法は、今次の有罪または過去に暴力事犯もしくは住居侵入窃盗犯で有罪の前歴者が、州刑務所で拘禁刑か死刑を科しうる重罪で有罪となった場合、実刑が科されるものであり、三回目の場合には、25年から終身の拘禁刑に長期化させるものであった。Franklin E. Zimring and Gordon Hawkins, *Prison Population and Criminal Justice Policy in California*, 1992, at ix~xi; *Penal Code 1996 Criminal Laws Abridged*, Cal.ed., ss.17,667(b)-(i). カリフォルニア州の刑務所人口は、1980年2万248人、1990年9万4184人、1998年15万5937人で推移し、若者ドラッグ層の収容者増から、収容者に占める危険な層の人口比は、1980年7.58%、1998年7.01%に下降している。Auerhahn

et al, *supra* note 24, at 22.

### 3 非難と法的責任

過去の犯罪行為を理由に、これへの責任、非難として科されるのが刑罰であるとすれば、国家の責任追及にどのような抑制がはたらき、国民の自由を保障することができるのかについて、まず触れておく必要がある。

そして、刑罰として責任を行為（犯罪）に対する道義的非難とすることは、科刑権を委ねられた国家に道義的非難を犯罪者である国民になすことである。この道義的な倫理的な非難は、近代国家の法と道徳（倫理）の峻別とどのような関係にあり、また道義性（倫理性）を拭う必要があるのか。この点も検討すべきことである。

責任問題を扱う場合、本質、対象（客体）、関係性、構成要素など、刑罰の正当化根拠か条件かなど、構造的で多面的問題を抱えており、これらを整合的に論じなければならず、その前提として、犯罪行為と意思自由の問題（意思自由論）があるといえる。

そこで、私は、後述するように、中山説と同様に、責任は、過去の犯罪行為を対象（客体）とする非難を本質とし、国家と行為者との「実質的な責任関係」として把握すべきであり、そこには擬制された限定的な意思自由が措定されており、そのうえで内藤が指摘する法的責任として純化・脱倫理化すべきであるとするに妥当性があると考えているに至っている。

以下、重要な責任論を展開してきた佐伯説、内藤説、中山説に触れておこう。

#### （1）佐伯説の可罰的責任論

佐伯は規範的責任と可罰的責任論の立場から、犯罪は違法な行為であるが、違法な行為の一切が犯罪になるのではなく、犯罪とするためにはその違法な行為につき行為者が法的に非難されうることが必要であるとする。この責任を可罰的責任類型とする立場は、原則型での推定と例外でのその推定否定と



いう型的思考をとるとし、具体的には、原則型は二重構造である人間の類型化（責任能力）と主観的事実（故意、過失）の類型化とからなり、その原則型の例外、否定が責任阻却事由（期待可能性の欠如等）であるとする。<sup>(30)</sup>

佐伯は、責任の本質を非難であるとしつつ、この可罰的責任は、行為者が単に法規範の命令・禁止を認識、理解し、それに従って行為できたのに、その行為をしなかったことに加えて、さらにそれ以上に、そのような行為者の非難性が特に刑罰という強力な手段を必要とするほどに強く、しかもその刑罰を受けるに適するような性質のものであるということであるとする。<sup>(31)</sup>

佐伯は、意思自由論については、佐伯は意思限定自由の擬制論の立場から、生きた人間の態度を問題とする場合には、因果的考察による予測の客体としてだけではなくむしろ社会的実践の主体として法・道徳などのいわゆる人倫の世界では、このように、人間は自由なものとして擬制されているとする。<sup>(32)</sup>

## （2）内藤説の法的責任論

内藤には、平野が指摘してきた、近代（刑）法における法と道徳の峻別、刑法と刑法理論の中からの倫理性・道義性の除去・排除が強くあった（脱倫理）。もっとも、責任における「道義的」非難が、国家からの、あるいは社会通念からの非難とするとき、脱倫理化が徹底できているといえるのかは、疑問であるとするものである。刑法における犯罪規定の社会的法益（性的秩序の維持等）を脱倫理化できるかとあわせて考えられるべきとする考えである。したがって「刑法における責任は、違法な行為について刑罰という手段で非難できることをいうとし、その意味では法的な非難可能性であると解すべきであろう」としこれを、佐伯のいう法的な非難可能性、可罰的責任、あるいは平野のいう「社会的規範的責任」ともいわれるとする。<sup>(33)</sup>

これに対し、内藤は、伝統的には「責任とは道義的な非難可能性である」という見解（道義的責任論）も有力であるとする。責任の判断は、法政策的には、違法な行為について行為者に法的非難の表現として刑罰を科すること

ができるかという判断と結びついているとみるべきであろう」とする。<sup>(34)</sup>

内藤が、責任論において道義的責任論を否定するのは、道義の意味と、道義的責任論の内容とを把握をしたうえで、わが国において同理論が果たした否定的役割に基づいている。

すなわち、道義とは「人倫」（たとえば人間共同体における倫理。…）に近い概念であって、「個人倫理」ではない。「個人倫理」に対して用いられるという意味では、むしろ、「道義」と「社会倫理」とは同一ないし接近した概念である」と把握しているといえよう。<sup>(35)</sup>

この内藤責任論は、刑罰権をもち行使する国家の性格、任務、機能から、2段階において道義責任論を否定して法的責任論をとるものであり、同旨は、中山、浅田、松宮説にもみられる。第一に、国家法と個人・社会論理の峻別という法と道徳の峻別の徹底にある。第二は、国民主権の全体社会に立脚すべき一般国家が部分社会の倫理を取り込み、道義的な権威をもって刑罰権を行使することの問題点からである。<sup>(36)</sup>

ここには、自由主義的な国家（主体）による犯罪を契機とする個人（犯罪者、客体）の責任非難・科刑という関係から、倫理性・道義性を排除しようとすることに特徴がある。その問題は、現実に国家・犯罪者関係から倫理・道義性を排除可能か、そのことは妥当かにある。表向き、外形的な倫理、道義性の排除がもつ機能、役割を見ておく必要がある。

内藤は、刑法的思考の世界での自己決定の自由という、狭い意思自由論の立場をとる。

「選択の幅はせまいにしても、究極のところでは自己決定の「自由」があると考えなければ、個人の尊厳ということも、また刑罰による犯罪予防目的の追求から個人の尊厳を保障するために、刑罰は、刑罰は自己決定の範囲で非難可能性、すなわち「責任」を「前提条件」とし「限界」としなければならないということもありえないのではなからうか。そのように人間を見ることが、個人の尊厳の承認を根本原理としそれを保障する法制度の観点であると考え、その意味で、「法的非難可能

性]、「法的責任」を問題とするのである。』<sup>(37)</sup>

内藤は、責任が刑罰のための正当化根拠ではないこと、むしろ刑罰を科すための前提条件とする。<sup>(38)</sup>責任は刑罰を科すための必要条件ではあっても、十分条件とはいえず、消極的責任論に立つものといえる。

### (3) 中山説の実質的責任関係論

中山は、法規範がもつ特異性に着目し、科学的な検証に耐ええない規範の構造と法規範を強制し個人の自由に介入する国家権力の性格を踏まえたうえで、民主主義国家における市民の自由（他行為可能性）の保障の擬制的理念、そして国家による現実的なその機会の保障とを考慮しつつ、市民個人の違法行為に対する国家の非難のあり方を提示するものであった。

中山は、刑事責任が「[法律的]責任ということによって、刑事責任から道義的色彩を排除する方向に向かっているということができよう」とする。<sup>(39)</sup>

「道義的責任という「魔術的観念」をすて、現代科学の成果にもとづいて、刑罰を将来に向かったの新たな「条件づけ」の体系として合理的に位置づけることは、より「科学的」であるように思われ、それはまた刑法を「社会統制」の手段として犯罪闘争に対する有効な機能を發揮させようとする「現代」の要請にも合致するであろう。しかし、非科学的と思われる非決定論と道義的責任論の「克服」は容易ではない。その最大の理由は、まさに近代（ブルジョア）刑法の責任原則を含む基本的な保障原則が、旧派理論によりよく対応するからである。」<sup>(40)</sup>

中山は、意思自由論と同様に、道義的責任も科学的論証は不可能であるが、階級社会における国家・個人の関係から、個人の自由を保障する意味で、必要性があり、堅持すべきとする。責任が非難を前提とするものであるとき、国家が市民に適法行為に出ることを客観的条件として保障していたかを前提にして、市民の適法行為の余地、可能性がどの程度保障されており、違法行為を選択したことに対して国家が犯罪者（市民）を非難できるのであり、国

家、市民、違法行為の三者の実質的な責任をめぐる関係を問題とすべきことになる。これを道義的非難と言っているのであり、(刑)法的非難、(刑)法的責任と言い換えることも可能である。長くなるが、引用する。

「歴史的経験と実際に足場を置いて考えれば、相対的非決定論と道義的責任論が、たとい科学的に論証不可能であり、あるいは一つの虚構であるとしても、階級社会の条件下においてはこれを是認する、または是認せざるをえないとの主張が、十分の正当性をもって登場しうるのである。」<sup>(41)</sup>

「責任関係は国家対市民の関係である。したがってそれは常に相対的なものである。犯罪は多かれ少なかれ社会の矛盾の反映であるが、国家権力がこの矛盾（犯罪原因）を除去する能力と姿勢を有しないところでは、犯罪に対する市民の「責任」はいちじるしく擬制的性質をおびることになる。一般的にいうならば、責任非難が説得性をもって正当化されるのは、当該の国家・社会が犯罪の社会的原因の除去と予防にどの程度とりくんでいるか、つまり市民に対して、犯罪行為にいたらない「自由」をどの程度保障しているかという点にかかっているのである。」<sup>(42)</sup>

「(人間の行為選択能力) この主体的能力を前提として彼自らが社会の期待にこたえて正しい決心を選択すべきでありまたその可能性を有していたとみとめられることの中に責任の真実の基礎が存在する。主体的人格は、単に将来犯罪行為を反復しないための合目的措置をうけとめるべき担い手でもある。個人標準説によって、単に当該行為者の中に無原因な自由の部分をさがすというのではなく、国家・社会が当該行為者に対して、犯罪行為におちいるべきではなく、適法な途にとどまりえたはずであることをどの程度説得的に論証しうるかということのなかに「実質的責任関係」が存在する。」<sup>(43)</sup>

「実質的責任関係の中で刑事責任が国家の側から道義的非難として歴史的に存在してきたという現実から出発して、結論的には平野教授のい

われるように、決定論からも責任非難は十分に可能であるべきではないかとわたくしも考える。…（しかし）…刑事責任が展望的にのみ考えられるべきだとする方向をわたくしはとらない。責任は何よりも過去の行為に対する追及であり、それが道義的説得性をもちうる場合にはじめて、将来に向けての予防目的が達成されうるのである。<sup>(44)</sup>

#### （４）浅田説、松宮説、山口説の非難と責任

道義的な非難から道義性、倫理性は除去できるか、その前提として非難の実体としても道義性とは何であるのか。そして、非難と予防の関係はどうなるのか。論じられた場面は異なるが、これらのいずれかに触れた浅田、松宮、山口の三説をごく簡単にみておく。

浅田は「可罰的責任」は「規範的責任」を前提とし、もっぱら後者を制約する方向にのみ機能すべきであり、また「限定責任能力」は、可罰的責任以前に規範的責任（非難可能性）の問題にかかわっている」とする。<sup>(45)</sup>

松宮は、「やわらかな決定論」に親和性をもつと思われる立場から、行為の善悪の判断は、功利的判断や本能的衝動とならんで、人の行動を決定する因子とし、「刑法は、この「悪い」という善悪の意識、つまり規範意識を維持・強化することで、犯罪の予防をかかろうとする制度である。刑事責任には…非難の意味が含まれるのである。…今日の「決定論」はこのような「意味による決定」を重視する「非難」という意味を重視する限りで、それは「道義的責任」(moralische Schuld)である。また責任が「道義的」(＝倫理的)であることは、法と倫理を混同するものでもない。法と倫理の混同とは、社会にとって有害ではない行為を、倫理的に反するという理由で処罰することをいう。法と倫理の峻別は、責任のもつ「非難」とう倫理的性格を否定するものではない」とする。<sup>(46)</sup>

そうであれば、非難 規範的責任 法的責任となぜいわず、ことさらに道義的責任にこだわるのであろうか。犯罪は否定される悪行為とし、犯罪という法益侵害を受けた社会は行為者（犯罪者）に対し、適法行為（他行為）を

なしえたのにせらずに惹起した悪行為につき非難をしているのである。悪行為への否定的評価が非難であり、悪への否定としての社会的な非難は、大谷のように道義的非難というべきなのであろうか（第2章第2節参照）。

山口は、他行為可能性に基づく非難の意義は、刑罰を基礎付ける点からではなく、非難という意味が込められた刑罰の付（賦）科による犯罪予防が正当化される点にあるとする。そして、この非難は刑罰の予防目的を制限するものとして捉える。<sup>(47)</sup>

### （5）英米学説、米国模範刑法典

ア 刑法は社会が刑罰の威嚇によって禁止することを求めている害悪を記述したもので構成され、伝統的な用法では、責任（liability）を負う資格にはメンズ・レアを必要条件とするとされてきた。18世紀中葉のブラックストーンの用法では「悪しき意思（vicious will）の欠けた、正当と認められない行為は何ら犯罪とならはない」とされ、この悪しき意思がメンズ・レアであった。この本質的な悪しき意思は、犯罪的悪事を選択して行うことに含まれる非難可能性（blameworthiness）を指すのである。メンズ・レアを必要条件とすることは、選択の自由がなければ非難と処罰は不相当であり不公正であるとするコモンセンスの正義観念を基に合理化されたものとされる。<sup>(48)</sup>

イ 英米学説における責任論とこれの帰結としての刑罰論は、責任における意思自由論との交錯は複雑であり、それはさて置くとしても、第1に、伝統的な道義的非難による回顧的責任論と応報刑論の立場、第2に、功利主義的な見地からの回顧・展望的な責任論と抑止・改善刑論、第3に、法的非難による展望的責任論と改善刑論とに区分できる。

第1の立場は、回顧的責任論ということが出来る。この立場は、道義的な非難の罪（guilty）による責任に基づいた応報刑論であり、功利主義的な刑罰の正当化を否定する。<sup>(49)</sup>この立場には、種々の考え方があり、心理的快樂論や道徳論による応報刑論の組み立てなど多様である。

第2の立場は、功利主義的責任論ということが出来る。<sup>(50)</sup>刑罰はこれが生

みだす良き結果、価値によってのみ、常に正当化される。この立場は、必ずしも倫理的判断が付与されることを否定するものではなく許容するが、苦痛の賦課には何ら価値を見出さず否定的価値しかないとする。刑罰は将来的な考慮事項である悪行の予防や抑止、被害者の賠償、犯罪者の改善、懲罰的衝動の充足は認める。刑罰と現実的で想定される功利性とは、明らかに論理的な関係にないとされる。功利性判断は、必ずしも刑罰が倫理的側面を持つことは否定していないとされる。<sup>(51)</sup>有罪であることは、刑罰またはそれ以外の扱いを含むものである。どの程度のものが適切な功利性を考慮に照らして決定される。

いずれにせよ、クイントンが指摘するように、これら回顧的責任論である応報刑論も功利主義的責任論にあっても、有罪 (guilt) は、今日では刑罰規範の違反でなければならいのであるが、有罪であることは、論理的には刑罰を科すための必要条件ではあっても、十分条件ではないことになる。<sup>(52)</sup>

第3の立場は、展望的責任論ということが出来る。<sup>(53)</sup>ニールは、刑罰が倫理的 (道義的) 非難と結びつき倫理的に相応な罰 (moral desert) とされたり、法違反である犯罪が倫理 (自然) 法違反であるからとされてきた議論を転換する。犯罪者は自身で刑罰を齎すのであり、倫理的関連は間接的である。刑罰は、犯罪者は自らの「自由意思 (Free will)」によってであり「実定法、まさにそのもの」によってである。人は、法が害悪でなく、邪悪なもの (不法行為 iniquitous) のを規定しているのであれば処罰対象となりえない。

非難 (blame) は倫理法、自然法によってではなく、他行為の選択が可能であった状況下で悪行 (悪行為) をなしたことで、非難されることにあるとする。<sup>(54)</sup>責任は、これまでの非難から導いてきたが、この責任は倫理的な意味合いで捉えるならば、循環論に陥る。人 (行為者) に責任があるとするとは、非難可能性 (blameworthy) があるとみなすことであり、そこで同人を非難することが同人に責任を負わせることなのである。非難と責任との循環論に入らないために、非難の語は用いるのであるから、非難とは、「有害との言明」、「譴責 (censure)」、「過失ありとの判断」を意味する。ここでは、



非難は倫理性を除去したものに再解釈され、害悪を齎した行為へのリアクション（反動）ということができ、ここでは純化した非難が維持される。非難は他行為可能性の仮定表現に過ぎず、またそれに止まるのであるから、将来行動に影響を与える目的で、あるいは他人に周知させようにされるべきための手段的な用い方は、「本質的なことではない」ことになる。<sup>(55)</sup>非難は、端的に他行為可能性があった法的に禁止された悪行（悪行為者）への譴責であり、それが刑罰への責任を導くといえよう。

この第3の展望的責任論は、過去の悪行への非難としての法的非難として純化しきるのか、予防的要素が副次的にせよ入り込む余地があるのか不明である。非難が悪行へのリアクションに厳格に止まるのであれば、譴責・比例理論を説く公正（正義）モデル論者とは、非難＝譴責として共通の基盤をもつことになろう。<sup>(56)</sup>しかしながら、刑罰論では、抑止刑論（ニール）と規範意識作用論（フォン・ヒルシュ）に分かれるのではないと思われる。<sup>(57)</sup>

ウ いずれにせよ、刑事責任の必要条件としての非難は、自由意思ないし他行為（選択）可能性を前提ないし必要条件としているにせよ、そこには道義性が含まれているとすることは、共通の理解がある。非難の道義性は、犯罪が共通社会への侵害行為（「悪」行）であるとする否定的評価というほどの意味であり、決して特定の宗教的な倫理観を背景とするものでないと理解すべきであろう。

もっとも、この非難から、上記の意味での社会共通益への邪悪とする判断を純化し、法違反への非難、譴責として非難を捉えなおし、この非難自体が処罰の一種、あるいは刑罰に至らない独自の制裁の意味をもつものであるとする見解もある。<sup>(58)</sup>この見解は、非難を、必ずしも従来の刑罰という種々の実体的内容を導くものとせず、非難自体が、言語として、非公式的であれ言語的処罰とするものである。では、犯罪に対する非難は、有り、無しの有無のみしか測れないのか。論者のスクワイアーズは、非難の程度は、責任の分配問題であるとし、全面的か部分的かの非難の程度により、刑罰の程度が対応することを示す。その刑罰は非難ではなく、贖罪・償いであるとする。こ

のように非難が責任を導き、責任がその一つとして、一定量の刑罰を導くことになる。非難は即、制裁を科すことになるのではなく、制裁を科すことが「整っていること」を示すのみで、具体的制裁を科すには、さらに、それを正当化する抑止や改善といった理由づけが必要なのである。<sup>(59)</sup>

(30) 「違法論において、その評価機能に注目された法規範は、責任論においては、その命令機能に注目される。…法規範は、その命令機能においては、人の心理内で作用する一つの力として、他のもろもろの動機あるいは刺激と協力したり抗争したりしながら、個々の場合における正しい意思決定の成立に参与しているのである。このように人の主観（内心・意思）に向けられた命令・禁止（あるいは当為）はときに義務とも呼ばれるが、責任はまさしくこのような義務との関連において理解されなければならない。責任非難が、このように、法規範の命令機能との関連において考えられるものであるかぎり、それはまた、この命令機能の可能な限界内にとどまらざるをえない。…前述の可罰的違法類型による違法判断の構造と同様に、刑法は、この問題の処理にあたっても**原則型による一応の推定と例外型によるその推定の否定という型的思惟**を用いている。…さきに違法の面からみたととき可罰的違法類型として現れた犯罪類型は、ここでは、可罰的な責任類型として登場する。」（ゴチックは原文ルビ）。この責任の原則型は、違法の場合と異なり、まず、責任能力者であるかどうかの人間の類型化と、さらにその能力者が有責に行為するために、行為の際に備えていなければならぬ主観的事情の類型化（特に故意・過失）という二重の構造を持つとする。二つの類型が満たされる限り、行為者は別の適法な行為が期待できた筈だとの一応の推定を受け、違法行為につき一応、非難され責任を問われるべきものとして扱われることになる。これはあくまで原則というだけで、「一応の推定」にすぎず、例外的な場合には、この一応の推定は破られる。例外事情の類型化されたものが「責任阻却事由」であり、責任能力者の故意または過失の行為であっても、何らかの特別な事情があり、適法行為を期待できないことが明らかである場合には、非難できない。佐伯千仞・刑法講義（総論）（1968年）225-228頁。

(31) 佐伯は、刑法上の責任は「刑罰という国家の目的意識的な活動をよびおこす要件であるということからして、その内容も、刑罰目的による色づけあるいは規定を避けることはできないのである。あたかも、刑法上の違法が、特に可罰的違法として特殊化されたように、責任もまた、それが刑法上の意味をもつ（刑事責任である）ためには、可罰的責任として特殊化することを要するので

ある。この可罰的責任の特徴は、行為者が単に法規範の命令・禁止を理解しそれに従って行為できたにもかかわらずそのように行為しなかったということだけではなく、さらにそれ以上に、そのような行為者の非難性が特に刑罰という強力な手段を必要とするほどに強く、しかもその刑罰を受けるに適するような性質のものであるということである。」同、232頁。

(32) 意思自由論について、佐伯は意思限定自由の擬制論の立場から、「われわれが過去だけでなく、むしろ過去を背負いつつ現在において未来に向かって行動しようとする生きた人間の態度を問題とする場合には、右のような因果的考察による予測の客体としてだけではなくむしろ社会的実践の主体として、いかに行為すべきか、あるいはいかに**すべからざるか**という当為あるいは責任の主体としてこれを考察し、取り扱うのである。…自由の主体としての人間存在という観念は、この過去を背負って未来に向かって投げられた主体的存在として人間に結びつくのである。法・道徳などのいわゆる人倫の世界では、このように、**人間は自由なものとして一少なくとも一擬制されているのである**」同、239頁。

(33) 内藤、前掲書、注(10)、110頁。(34) 同頁。(35) 同、111頁。

(36) 「道義的責任論の問題性は、刑罰を加える主体（責任判断の主体）が国家であり、刑罰を加えられる客体（責任判断の客体）が個人であって。責任判断が国家と個人の緊張関係を示す以上、「責任」を道義的非難可能性と理解することは、責任判断の主体として国家が、道義実現の主体であって、個人に対して道義的優越性を持ち、究極的においては、最高の道義態、ないし社会倫理の創造者・実現者であることを前提にせざるをえない点にあるように思われる。道義的責任論が…自由主義的側面をもちながら、歴史的状況の変化によって（わが国では昭和10年ころから）、国家主義的側面を濃厚に示したのは、その理論の前述の構造が国家の道義的權威の強調と結びつきうるからであろう」とする。内藤、111頁。

(37) 内藤、113頁。

(38) 責任は「刑罰の「正当化根拠」ではなくして「前提条件」であり、犯罪予防目的追求に「限界」を設定するものであるとする場合には、自己決定の「自由」が科学的に完全に証明できないという意味で不明確性をもつとしても、そのような「責任」と「自由」とを結びつけることが許されるのであり、また、それが個人の尊厳の承認を根本原理としそれを保障する法制度の要請であるということができるとはなかろうか」とする。内藤113頁。

(39) 中山研一・現代刑法学の課題（1970年）186頁。

(40) 同、188頁。

(41) 190頁。なお、宮内はほぼ同旨のことを指摘していた。近代民主主義国家

が刑法原則とする罪法定主義や犯罪主義すなわち構成要件に類型化された個々の刑罰的不法行為である犯罪を基礎とする考え、そして、これへの帰責判断としての刑罰的責任判断という基本的理論構成は、その前提とされた刑罰的人間像は「孤立した個人」であった、とする。「個々の行為責任の原則は、仮令個人の自由意思という虚構を前提とするも、この論理的前提の論理的帰結なのである。現在の国家とその権力ならびに法秩序が「孤立した個人」の自由意思の上に理論的構成をなされている以上、必然的に上の刑罰的諸原則となってあらわれ、したがってまた個々の行為一責任はその論理的帰結である」。宮内裕「責任論」瀧川春雄・宮内裕・平場安治・刑法理論学（総論）（1950年）161－162頁。

(42) 中山研一、前掲書、注39、226頁。

(43) 同、227頁。

(44) 同、228頁。

(45) 浅田和茂「責任能力論」刑法理論の現代的展開・総論 I（1988年）209頁。

(46) 松宮孝明・刑法総論講義、1997年、153頁。ギュンター・ヤコブス（西ドイツ刑法理論研究会、松生光正訳）『刑法総論』（1）「刑罰は積極的に定義されなければならない。つまり、それは管轄ある者の負担に基づく規範打倒の表明である。その際、害悪が生じてくるが、刑罰はこの効果によって既にその任務を全うするのではなく、侵害された規範の安定化によって初めて全うするのである。」「刑罰による規範違反の否定はそれ自体のために行われるのではなく、社会生活上において保障された方向付けが放棄されえないが故におこなわれるのである。…刑罰はそのような（社会的）相互作用の条件を保護し、それ故「予防的な」任務を有するのである」45、49頁。

(47) 「刑罰は、このような非難という条件ないし制約の下で、犯罪予防を追求するために科されるのである。それにより構成要件該当・違法行為を行った行為者、さらには国民一般に規範意識を十分に働かせることにより（あるいは規範意識をさらに強化することにより）、犯罪行為にでないことが要請されることになる。

こうして他行為可能性を基礎とする非難により基礎付けられるとする考え方は、従来、道義的責任論と呼ばれてきたが、ここで問われてきているのは道義的な責任ではなく、犯罪を実行したことに対する、あくまでも法的な責任である。その責任は、非難という意味が込められた刑罰を正当化する意義を有するものとし犯罪の成立要件とされている。つまり、他行為可能性に基づく非難の意義は、それ自体が刑罰を基礎付ける点にある（これが、非難に値する者は処罰されること自体が正当であるとする応報刑論である）のではなく、それにより、非難という意味が込められた刑罰の付科による犯罪予防を正当化する点に

あるのである（これが、責任により制限された犯罪予防が刑罰を基礎付けるとする目的刑論である）。山口厚・刑法総論〔第2版〕（2007年）182-183頁。

- (48) Harold Edgar, *Mens Rea*, in: Sanford H. Kadish(Ed.)*Encyclopedia of Crime and Justice*, Vol.3, 1983, at 1031; Kadish et al, *supra* note 25, at 204. 刑事責任への多様な抗弁の例として、具体的には、不任意の行為（*involuntary act*）、強迫下（*duress*）、精神異常（*insanity*）、故意・過失のない偶発事故（*accident*）、錯誤（*mistake*）が挙げられる。Id. 星 周一郎「英米の犯罪体系論」法律時報84巻1号（2012年）49頁。

米国の模範刑法典（*Model Penal Code*）は、責任につき、故意・過失による非難性のあること等、一定の方向を示している。すなわち、模範刑法典1の02条では、犯罪と刑罰賦課を貫くべき一般原理の一つとして、侵害性（*harm*）、有責性（*culpability*）、法律主義（*legality*）、比例性（*proportionality*）と併せて示している。すなわち、犯行の定義では、第一に、個人または公衆の利益に実質的に危害を加え、または脅威のある弁解できず、許容できない行為を禁止し、予防することにあるとする。第二は有責性であり、犯罪者として非難（*condemnation*）されるに足る過失のない行為は保護されること。第三に法律主義であり、犯罪を構成すると言明された行為の性質については公正な警告が行われていること。第四に比例性であり、重大犯罪と軽微犯罪とは合理的な根拠で区分されること。Kadish et al, *Id.*, 171; *Model Penal Code*, s.1.02,(1)(a),(c)-(e)

- (49) J. D. Mabbot, *Punishment*, 1939, in: H. B. Acton(Ed.) *The Philosophy of Punishment: A Collection of Papers*, 1969, at 39-54. マボットは、刑罰は「道義的下品さ（*moral baseness*）」からではなく犯罪への応報という点で、硬い応報論からではなく、最も重い処罰（*penalty*）は最も重大な悪行（*wrongs*）を社会的に惹起させたことで科されたとする。C. W. K. Mundle, *Punishment and Desert*, 1954, in *Ibid.*, at 65-82. ムンドルは刑罰が公正であるとすれば、道義的に相当な罰（*moral desert*）であり、犯行の道義的重さに比例するとする。法的な処罰を何ら齎すものではない道義（自然）法に違反したから処罰を受けるに値することになる。

モア（*Moore*）によれば、応報刑論は刑罰を科される犯罪者の道義的責任によって正当化される。これは、功利主義論が将来的犯罪の予防の利益から処罰を正当化し、刑罰は社会復帰的な見地から犯罪者を改善する主張と対照的である。Cf. Michael S. Moore, *The Moral Worth of Retribution*, in: F. Schoeman(Ed.) *Responsibility, Character and Emotion* (1987), at 179., Michael S. Moore, *Law and Psychiatry*(1984), at 238 ff.

- (50) Anthony M. Quinton, *On Punishment*, 1954, in *Ibid.*, at 58-64.

(51) *Id.* at 61. 「功利性は、刑罰が完全に信頼できる倫理的意向であるための、

倫理的に必要・十分な条件のいずれかか、両方なのである」。 *Id.* at 62.

(52) *Id.*, 64.

(53) William Kneale, *The Responsibility of Criminals*, in: H. B. Acton(Ed.) *The Philosophy of Punishment :A Collection of Papers*, 1969, at 172.

(54) H. B. Acton, *Introduction: The Philosophy of Punishment*, in: H. B. Acton(Ed.) *The Philosophy of Punishment: A Collection of Papers*, 1969, at 31.

(55) Kneale, *supra* note 44, at 185,190-191.

(56) Andrew von Hirsh, *Censure and Sanction*, 1993, pp.133. 刑罰の正当化根拠から回顧的な、三段階構造の比例処罰を説く。第一段階として、国家による禁止布告された行為に対する制裁は応報的形態 (punitive form)、すなわち譴責または非難を表した方法での (自由) 剥奪を行うこと。第二段階として、制裁の厳格性は非難に厳格に合致して表されること。第三段階、それゆえ、応報的制裁は行為の非難可能性 (すなわち重大性) の程度にしたがって配列されるべきこと。この第三段階の結論が「公正 (fairness)」の理念的主張を具体化してものである。 *Ibid.*, 15.

(57) ニールは、責任概念を除去し厳格責任を採用しようとするウットン (Lady Wootton) 見解を否定し、他方で刑事裁判所が「完全な道義的責任 (full moral responsibility)」の判断を求められるべきでないとの点ではウットンの見解は正しいとする。人が、道義的熟慮や処罰の恐れによって容易に犯罪抑制されない、病理学的に自愛的性格と判断されれば、道義的責任を留保して、十全なケアと治療を施すべきことを主張する。逆に言えば、刑事裁判は、疑わしく議論含みの被告人の「正気 (sanity)」問題を除外し、ビクトリア女王によって擁護された「有罪 (guilty)」の語を堅持して、責任は正当に処罰されうる者を区分する語であるとする。犯罪抑制 (抑止) 効果のある有罪者には刑罰を道義的な責任として科すという理解となっている。 Kneal, *supra* note 44, at 194-196.

これに対し、フォン・ヒルシュの刑罰論は、犯罪者が一定状況下では犯罪の誘惑に反応し、また刑事制裁の齎す道義的 (moral) 非難 (罰) が理解できるはずとし、民主主義社会における制裁制度は犯罪誘惑に抵抗する援助方法として、犯罪者に許容される種類のものであるべきとする。道義的に中立とする制裁は、効果的な予防的措置にもならないとする。その道義中立的な制裁は、行為のもつ悪性を認めないこと、また行為者を自己の所為に答責可能な道義的行為能力者 (moral agent) として扱わないことを、倫理的 (ethical) 根拠とするのであるが、疑わしいものであるとする。 Von Hirsch, *supra* note 47, at 5,15. 犯罪と刑罰のもつ道義性を肯定する。

(58) J. E. R. Squires, *Blame*, in: H. B. Acton(Ed.) *The Philosophy of Punishment: A Collection of Papers*, 1969, at 204. 非難は悪行に対する否定的評価であり、



賞賛の反対物である。*Id.*

(59) *Ibid.*, 208.

#### 4 おわりに

責任なければ刑罰なしの責任原理は、歴史的に形成された近代刑法の一原理である。

ドイツ刑法学の影響を強く受けた、わが国の刑法、犯罪理論における責任概念は、ドイツにおける責任における予防、とりわけ一般予防の考慮によって、新しい段階の議論を迎えてきたといえる。

刑法体系の異なる英米法における責任概念は、犯罪成立の客観的要素であるアクタス・レウスとは別個の主観的要素といえるメンズ・レアとの関係で理解される。

これまでに見たことから、責任は罪刑法定主義、法益保護原則と合わせて、近代・現代国家における市民的自由の保障原理として堅持されるべきことには共通の理解がある。

問題は、その先にあり、その責任は、その本質、構造（前提・条件、要素等）、刑罰との関係で多岐に分かれた複雑な議論となる。また、歴史的に形成された責任原理は、閉じた固定化した内容のものでないとすれば、その抱える問題点や現代的な要請（予防目的）にどのように応えるかが課題となる。

そして、一つの方向として、責任原理を消極的責任主義として現代的に維持し、犯罪行為に対する回顧的な非難を維持しつつ、その非難から過度な道義性・倫理性を排除し、いわば客観化・純化した法的非難に近づけるべきであると判断するに至った。

法的非難は、社会的に法として承認された法益への侵害としての害悪であり、その限りでは害悪惹起への非難であり、社会的に共通化した非難である。この法的非難は、実質社会的に共通化した、国家法、社会意識、個人（行為者）への非難という流れ、関係性をもつものである。この点で、中山が責任につき、実質的責任関係として位置づけたことは妥当である。



この行為者への非難は「道義的」非難というか、「法的」非難というかは、語の意味合い以上に、実質的に、行為者が他行為を選択する可能性（「他行為可能性」）がありながら、行為を選択したことに国家法とそれを許容・承認した社会による非難であることを確認することこそが重要なのである。近代学派の非難なき社会的非難に堕さないために、道義性（道義的非難）の語を用いる必要があるかは留保が必要である。

他人・社会の法益侵害、すなわち害悪を齎したこと（行為）は、端的に間違いとして社会的に非難を受ける、これを市民の共通「道徳」とするならば非難とは道徳的・道義的非難ということは、法的非難との間に共通理解しえない深い溝があるとは思われない。大谷がいう、社会的倫理まで高まりえない法的非難はあるべきではないとすることは妥当であるが、すべての社会倫理が法的非難足りうるわけではないのである。

責任のなかに予防目的を入れることなく非難、または法的非難を前提に責任を問い、それを条件として刑罰を科す。その刑罰は、悪行為（違法行為）に対する否定的評価である非難、その点では回顧的非難の範囲で、責任に応じて科されるべきことになる。刑罰は今日、応報刑論的なものであってはならず、改善刑であるべきあり、その範囲内で予防目的（一般予防、特別予防）が追求されるべきことになる。