

刑事責任の構造

秋山 哲 治

- 一 はしがき
- 二 責任の概念
- 三 責任の非難性
- 四 責任の答責性
- 五 責任の歸責性

一 はしがき

人間は努めて刑罰を避止し、抑制しなければならない。これは人間の極めて素直な欲求である。我々は、人間の歴史の進展の中に、この欲求が、漸次、具現され來つたと思うのである。「責任」の自覺がその一であり、罪

刑法定主義の確立及び保安處分の實施などは、この欲求の結實したものと謂ひ得る。

刑罰の前提要件としての「責任」の自覺、「責任なければ刑罰なし」(Keine Strafe ohne Schuld)の原則は、すでに後ローマ法の規定及び教會法に於ける幼兒の無處罰規定に見出される、のであるが、近世における人間の自覺は、刑法に占める責任の地位を益々大ならしめた。——人間に刑罰を科するには責任を要件とする——従つて幾多の刑法學者は責任の本質の究明に力を盡した。而も尙、その見解は歸一するところなく、今日我々は刑事責任について、相違する學說に接する。曰く道義的責任論、曰く社會的責任論、曰く規範的責任論、曰く意思責任論、曰く行爲責任論、曰く性格責任論、曰く人格形成責任論²⁾併し、その見解の相違にも拘はらず、又、たとへば論が一般的に人間の歴史的發展段階の現實を反映するにしても、刑罰は、眞に刑罰に價するときのみ科せらる

べきであるという人間尊重の一念に至つては、全ての責任論に相通するものと思はれるのである。

以下、私は刑事責任に關し、そこばくの考察を試みようとするのであるが、拙論の目的とするところは、極めて僅かの意義において認められるのである。即ち、現行刑法における刑事責任の解釋にあつて、その構造的な性格を考察することに意義を認めようとするにすぎない。拙論の意圖する要點は次の如くである。

1、責任という言葉は、我々の日常生活に於ける倫理的態度を表はすものとして、種々の意味に用ひられる。それが、刑法上の術語として用ひられるに當つては、法的概念として定立されなければならないことは言うまでもない。法的考察を嚮導する法的概念と日常生活概念との關連及異同を明確にしなければならぬ。³⁾

2、刑事責任については先づ、犯罪成立要件としての責任概念が明確にされなければならない。責任自體の有つ構造的な性格の故に、他の性格に基く觀念の混入を警戒しなければならない。

犯罪成立要件としての責任の本質は、行爲者の意思の非難性(Vorwurfbareit)である。非難性は、單なる反規範性ではなくして、期待可能性違反に基因するものである。かくして、人間の意思における期待可能性の意義が究明されなければならない。

3、刑事責任の性格として、非難性の外に答責性(Verantwortlichkeit)及び歸責性(Zurechnung)が識別されるべきである。責任はこれらの相互關連的な構造的な性質において理解せられるべきである。答責性及び歸責性の觀念は學者によつて必ずしも明確ではないが、私は「責任は何故に刑罰を負うべきか」の觀念、即ち、責任と刑罰との關係を示すものとして答責性の語を用ひ、「行爲の責任は、行爲者に歸すべきもの」即ち、行爲と刑罰と行爲者との連結の觀念を示すものとして歸責性の語を用うる。

人間が人間に對し刑罰を以て臨むには、行爲者の惹起した客觀的な侵害事實にのみ基因するのではなく、行

爲者の主觀的様態に基因するのでなければならぬ。「行爲の内心的善惡によつて、ことの正邪を判斷するのは神學の仕事である。これに反し社會的正邪を定めることは社會科學者の仕事である」(ベッカーリアの言葉)という主張がある。併し、「行爲の内心的善惡」は、「刑法規定に對する内心的善惡」であり、「ことの正邪」は、「刑法上の正邪」である。従つて、それは「神學の仕事」ではなく、まさに、「刑法學の仕事」である。

(1) 安平政吉博士、改正刑法總論、二三九頁。V. Liszt. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 23 auf, 161 p.

(2) 安平博士、人格主義の刑法理論、犯罪理論の新構成、不破武夫博士、刑事責任論、團藤重光教授、人格責任の理論(法哲學四季報一〇〇頁以下)以上は我國に於ける主な文獻である。

(3) 日常用語との關連において、法的責任概念を究明しようとする試みが、獨逸の學者によつてなされてゐることは周知の如くである。併し、拙稿はそれとは關係しない。

二 責任の概念

刑事責任の概念を明らかにする前に、まづ日常用語として「責任」という言葉が如何なる意味に用ひられてゐるかを、たづねてみよう。というのは、法的概念としての「責任」が、人間の生活感情を表はす日常用語としての「責任」と如何に關連し異同するかを知ることが、法的考察においても決して無意味ではないと信ずるが故である。

「あの人は責任感の強い人だ」「責任を感じる」「責任を負うべきである」「責任をとるべし」「責任を明らかにする」「責任付商品」等々、日常生活に於て、我々は責任という言葉に餘りにも屢々使用する。「あの人は責任感の強い人だ」と、言はれる場合の「責任」は如何なる意味であるか。「自己に負はされた義務は極力これを履行

する。若し履行しなかつた場合は、それによつて起つた損害は賠償する。或ひは、制裁を甘受する」。この様に解することができる。「責任を負うべきである」「責任をとるべきである」という言葉も、「損害を補う」「制裁を受ける」「結果について仕末をつける」ことを要求する意味であらう。「これは君に責任がある」という場合の「責任」は、「君の行爲の結果は、君に歸せられる。従つて、君自身が仕末をしなければならぬ」、この様な意味と解される。「責任付商品」の語は、店頭に屢々見出される。「此の商品は確實なものである。若し缺點があれば、完全なものと取替へる、或ひは代金は返却する」。この様な意味に諒解されるが故に、人々は安神して商品を購入する。責任をとるべき人が、責任をとらない場合、「責任を知らない人だ」として非難される。「責任を明かにする」ことは我々の社會生活に於て極めて大切なことである。

以上簡単に、日常用語としての「責任」の意味するところを述べたのであるが、(a)義務、(b)行爲の結果と行爲者との連結、(c)損害の賠償、制裁等の意味に於て使用されることが判明したと思う。

責任の語の更に充実な觀念を得るためには、倫理學上の責任、民事法上の責任の觀念について考察するところが必要ならぬのであるが、日常用語としての責任觀念の中に、大略盡くされてゐると思はれるので省略する。

さて、刑法上の「責任」は如何なる概念であるか。先づ、我國に於ける諸學者の責任概念に傾聽しなければならぬ。

瀧川幸辰教授の責任概念

責任という言葉は、刑法においては自己の行動につき一定の批難を受ける基礎としての心理的素質の意味に解されてゐる。即ちこの心理的素質を備えた行動が責任ある行爲であつて、その行爲に相應する批難を、行爲

者に歸せしめ得るのである。責任があるということは、或る人の或る行動が違法であり、批難を受くべきであるといふ國家機關の判断にほかならない。¹⁾

刑法上の責任は先づ心理的な事實關係（責任事實關係）である。この事實關係に、行爲者に對する非難、從つて行爲者に對して科せらるべき刑罰が結びつく。この意味において責任は行爲者の一身に基く事實的刑罰前提である。²⁾

牧野英一博士の責任概念

(一) 客觀的意義、此の意味に於て、責任とは、法律上の負擔を意味するものにして、義務又は制裁の謂に外ならず。

(二) 主觀的意義、此の意味に於て、責任とは、一定の負擔を爲さざるべからざる法律上の地位の義なり。法律上の效果に對し、其原因たる地位を意味するものとす。

(三) 術語としての意義、此の意味に於て、責任とは、一定の負擔又は地位を生ずるの主觀的要件を意味す。蓋、一定の負擔は一定の地位に對して生ず。一定の地位は一定の心理狀態を要件とす。而して、術語としての責任とは其の要件たる心理狀態を指稱するなり。所謂有責行爲（略）なる觀念は、行爲が此の心理的要件を具備する場合を意味するものとす。³⁾

社會的見地よりするとき、社會は自己に對する侵害行爲に對して常に自己を防衛するの必要あり。而して、其の防衛方法として刑罰の手段に依ることを妥當とする場合に於て、其の侵害者の社會に對する地位を刑事責任と爲すものと解せざるべからず。⁴⁾

宮本英脩博士の責任概念

刑法學上責任(又は責)には四種の意義あり。其一は或義務の違反が問題となる場合に其本來の義務を謂ふ。例、刑、二一八 其二は或義務違反より生ずる之に對する非難又は第二次的の義務若くは制裁を謂ふ。例、新聞紙法九 其三は行爲を違法ならしむる主觀的事情の義なり。此意義に於ては、責任の實質は規範的責任能力と意思の類型的內容(責任條件)としての故意又は過失とにして、各個の行爲に關し此二者の具はること行爲の規範的有責任性を謂ふ。其四は行爲を可罰的ならしむる主觀的事情の義なり。此意義に於ては責任の實質は可罰的責任能力と意思の類型的內容(責任條件)としての故意又は過失とにして各個の行爲に關し此二者の具はること行爲の刑法的有責任性を謂ふ。

小野清一郎博士の責任概念

1、法律上の一般的意味に於て責任とは一定の法律的事實、殊に不法な行爲を原由として一定の法律效果、殊に或る義務を負擔せしめることをいふ。即ち、法律の立場に於ける歸責一般をいふのである。例へば刑法上犯罪に因り刑罰「責任」を生じ、民法上不法行爲に因り損害賠償「責任」を生ずるが如し。

2、道義的責任とは、反道義的な行爲につき、其の行爲者に對する道義的非難に基いて責任を負はせることを謂ふ。法律上此の見地において歸責の行はれる場合がある。これを道義的責任、又は單に「責任」といふ。實は法律上の道義的責任である。

以上の引用によつて、二つのことが明かである。即ち、(1)日常生活用語としての責任の觀念と、刑法學上の責任の觀念とは無關連ではない。日常生活に於て、我々の意識を支配する責任觀念と刑法上のそれとは同族の血縁關係にあると言はねばならない。この事は重要である。併し乍ら、刑法における責任の觀念に就ては、それが別箇の法的構成に基くものであることを強く注意しなければならない。

(2) 引用を許して頂いた諸學者は、周知の如く我國に於ける各、の學派を代表される。従つて諸家の概念規定には、融和し難い峻しい對立があると同時に、その反面共通の地盤も見られるのである。刑法的責任概念の明確を期するためには、これらの検討が許されるであらう、ということが他の一である。

そこで私は、以下極めて簡単に諸家の責任概念について學びたいと思う。

小野清一郎博士は、法律上の責任は、法律の立場に於ける歸責一般であると規定される。道義的責任は、行爲者に對する道義的非難に基いて責任を負はせることである、とされ、寧ろ「歸責」に重點を置かれる如き定義をされる。併し又、道義的責任の本質は道義的立場からの非難であるとされ、行爲が主觀的に道義的軌範の意識に従つて行動すべく、又行動し得た筈であるに拘らず、その義務に反する行爲に出でたことを非難する意味の消極的な價值判斷であり、其の意味でまた規範的責任とも言はれるのである。又、行爲者に對し責任を負はせるについては、道義的非難に基くとされるのである。これは、私見による答責觀念に相當するのであつて、小野博士の責任概念は、非難性と歸責性及び答責性とが明確に識別されないまゝに、而も責任の構造的・性格をそのまゝに表明してゐる、と思はれるのである。

瀧川幸辰教授はその簡潔な表現の中に、責任の本質を明かにせられる。即ち條理を理解し得るものが、條理違反を認識するか、少くとも認識可能の心理過程にあること、他方において心理過程そのものが條理に違反することを必要とする、とせられ、この様な心理的素質を備えた行動が責任ある行爲であり、その行爲に相當する批難を、行爲者に歸せしめ得る、とされる。以上は「刑法講義」における概念規定であつて、同書に於ては責任の要素として責任能力と責任條件の二つが擧げられてゐるが、「犯罪論序説」に於ては更に「義務意識に基く行爲支配の可能性」が第三の要素として附加され、教授の規範的責任論の主張が明瞭になる。教授は、「違法は客觀的に

責任は主觀的に「の原則を固守され、「責任は非難可能性である」と結論される。即ち、責任の三要素を具備する行爲者に對してのみ適法行爲を期待し、彼がこの期待に反して違法行爲を行うた場合に非難が加へられると、される。

宮本英脩教授の概念規定においては、規範的責任と可罰的責任とが區別され獨自の主觀的違法理論に立脚されて規範的責任を考へられているところに、その著しい特色をみるのである。規範的責任は意思の違法或は違法な意思であつて、その本質は規範に對して無關心な意識の傾向、即ち反規範性に外ならないのであり、又違法な意思より發した行爲のみが違法行爲である。即ち、違法意思が違法行爲の要件である。この要件に對立する獨立の犯罪要件として可罰的責任が觀念される。可罰的責任は行爲を可罰的ならしめる意思の事實的價值であり、刑罰を必要とする程度の量並に之に適する質を有する反規範性である。ところが一方、宮本教授は事實的價值は規範的ではなく、事實的であるとされる。犯罪要件として可罰責任を觀念すること、反規範性が如何なる量と質において、事實的價值となるかは、私の理解し難いところである。

牧野英一博士は責任を解して、主觀的要件であるとされるについては、他の學派と同様である。併しその主觀的要件は、一定の負擔又は地位を生ずるための要件であり、一定の負擔とは刑罰を意味し、一定の地位とは刑罰を受ける地位である。そこで刑罰を受ける地位の要件としての主觀的要件は悪性であり危険性であり、又、刑罰適應性である。所で牧野博士は、一方、リストの意思決定の常態 *Normale Determinierbarkeit des Willens* を以て責任能力の内容であるとする説を次の如く解して賛成されるのである。

「責任能力とは、行爲の社會的道義的意義を理解し且其の理解に基きて意思を決定するの能力なりと謂ふことと爲るべく、而して、斯の如き者に對して、刑罰は適當に動機を轉換するの效果を生ずし、と爲すなり」

れは、現行法を理解する範圍内に於ては、此の學說に依りて責任能力を説くを便宜とすへし。博士は責任能力を解して刑罰適應能力とされるのであり、刑罰適應性は、刑罰が効果を擧げ得る能力である、とされるのであるが、私見によれば斯る能力は結局、規範を理解し規範に依る意思決定を爲し得る能力である、と言はなければならぬ。併し乍ら、周知の如く嘗て社會的責任論は、意思の自由を頑強に否定して、意思決定論を唱道するところに道義的責任論とは架橋し難い對立を見たのである。斯くて社會的責任論にあつては、責任の非難性、答責性及び歸責性は全く見失はれるのである。

以上、責任概念について、性急な、いさゝかの考察を爲して來たのであるが、私は、犯罪行爲を成立せしめる要件としての責任の本質は非難性であるとする規範的責任論の主張に従ひつゝ、非難性に基く刑罰として責任の答責性を別に觀念し、行爲と行爲者との連結に基いて刑罰を行爲者に背負はせるものとして歸責性を更に別箇に觀念するのである。斯くして刑事責任の構造的性格が理解し得られるのではないか、という私見に基いて、拙論を進めることにする。

- (1) 刑法講義、改訂版八八頁。
- (2) 犯罪論序説、改訂版一〇〇頁。
- (3) 重訂日本刑法、一三五、一三六頁。
- (4) 同、一三九頁。
- (5) 刑法學粹、二七三、二七四頁。
- (6) 新訂刑法講義總論、一三四、一三五頁。
- (7) 重訂日本刑法、一五七、一五八頁。

三 責任の非難性

犯罪成立要件としての責任

刑事責任は、構成要件該當性及び違法性と共に犯罪を成立せしめる要件である。犯罪成立要件としての責任の本質の究明こそは、刑事責任論の中核である。

併し乍ら、我々はこの論究の當初から重大な根本問題に直面するのである。即ち、メルケル、フェルネツク、ドーナ、シヤツプスタイン及び我宮本博士等により主張せられる主観的違法論——法を以て行爲規範又は意思決定に對する命令規範であるとする、主観的違法論とイエーリング、ロエフラー、ナグラ、メツガー、シュミツト、我瀧川教授及び佐伯教授等の主張する客観的違法論——法規範に評價規範としての機能と命令規範としての機能を認め、評價規範は命令規範に先行する、と考へる客観的違法論との對決である¹⁾。惟うに宮本博士も法の評價規範としての機能を認められないのではなく、それは土臺と家との關係に於て、命令規範の中に含まれるとされるのである。然らば、命令規範という家から評價規範という土臺を取り除いた構造物、換言すれば土臺の上に乗てられた構造物は如何なるものであらうか。結局、この問題は論理と事實との關係についての思考の相違と言ひ得べく、論理的には、評價規範の命令規範に對する先行性を認めなければならぬのではないであらうか。併して、評價規範は國家社會の歴史的現實に伴つて、歴史的な性格を擔うものである、と思はれるのである。次に根本問題として意思決定論、否決定論を繞る激しい對立がある、何れの主張に左袒するかによつて責任論の性格は全く一變するのである。

私は先づ、犯罪成立要件としての責任の本質が非難性であることを究明することにする。刑法典は責任を「責

「責任能力」の有無と、「責任条件」の存否にかゝはらしめる。従つて責任能力の本質に對する考察と、責任条件たる故意及び過失の本質に關する考察とは、責任論の基礎建築とも云うべきである。

法は前述の如く、命令規範たることがその機能の一である。従つて、規範の何たるかを認識し得ない者に對しては、規範の遵守を要求し得ないし、又同時に、規範の違反に對しても非難し得ない。責任能力とは規範適應能力であり、道徳的責任論者の謂う、是非善惡を辨別し、これに基いて行爲し得る能力である。

故意は、行爲者が構成要件に該當する事實及びその違法性を認識し、之を避止すべきであることを諒解し乍ら、更に、具體的情況において適法行爲を期待し得るに拘らず、敢て違法行爲の實行を決定する意思である。こゝには、規範に敵對し反抗する自己主張がある。斯る心意こそはまさに非難されて至當である、と謂はねばならない。

過失は、注意義務に對する無關心、横着、怠慢に基く義務違反である。行爲者は構成要件に該當する事實及び其違法性を認識してはゐないが、併し、彼の無關心さへなければ認識は可能であり、且適法行爲を期待し得たのである。行爲者の注意義務違反と、自己の可能性を盡さなかつたこと、が非難に相當するのである。

期待可能性の理論は更に第三の責任要素を提唱した。所謂、義務意識に基く行爲支配の可能性である。責任能力あり、故意及び過失があつても、この第三の責任要素を缺くに於ては責任なしとするのである。期待可能性の思想は、「人間に不可能を要求してはならない、不可能の要求に基いて人を罰してはならない」という人間の義務履行能力の限界に對する自覺——瀧川教授の所謂「あきらめ」であり、人間性の弱さに對する同情であり、併し、それは又、人間の意思と具體的事情との相關々係に對する認識によるものである。

扱、この非難性は行爲者の内心の義務違反性に向けられてゐるのであるが、義務意識に基く行爲支配の可能性

が責任の決定的要素であるとすれば、故意責任においても、過失責任に於ても、それは單に命令規範に違反する主觀の違法性ではなくして、義務意識に基く行爲支配の可能性に對する背反が、責任の本質であることを、今一度確認し、考察を進めたい。刑事責任は、義務意識に基く行爲支配の可能性の枠内に於ける意思の反規範性であるとすれば、この行爲支配の可能性の背反の本質は何であらうか。適法行爲の實現が可能であるに拘らず、敢て實現への決意を怠つたのであるから、それは結局に於て意思の反規範性であると謂はなければならぬのであるが、命令規範に對する違反が直ちに刑罰に價する非難を生ずるのではなくて、期待可能性の背反によつて初めて可罰的な非難に價するのである。この理由に依つて責任の本質は非難性である、という表現がその性格に相當すると思はれるのである。

以上の記述は今日の刑法學に於ける常識である期待可能性の責任理論をその儘に反復したに過ぎないのであるが、責任の本質を意思の非難性であるとする論議の一應の説明を企てたのであつた。

併し尙、我々には吟味を要することが残されてゐる。即ち、規範的責任論においては、人間の意思が、違法行爲を避止し適法行違を決意し得る可能性を前提としてゐる限り、それは、意思の自主性を認めてゐるのではないか、この點、傳統的な自由意思論に立脚する道義的責任論と如何に關連するかの問題である。

私の理解するところでは、規範的責任論においても、規範を遵守し若くは規範に違反し得る意思の自主性、自發性、自律性、若くは義務意識による行爲の支配可能性を認めるのであると思う。こゝに適法行爲の期待可能性の根據がある。故意及び過失はこの期待可能性からの裏反である。この様に考へると、道義的責任論の説くところの所謂意思の自由と、期待可能性とは共通の分子を有つものと謂ひ得る。今や、道義的責任論、規範的責任論と社會的責任論はその見解の接近を示しつゝある。社會的責任論の闘將木村龜二教授も、人間の意思決定の自主

性を認められ、次の様に述べられる。

「刑事責任の根據は行爲者が法律規範の要求に基づいて意思決定に出なかつたといふことに在る。法律的規範は社會生活の規範であつて社會的規範である。社會的規範の要求に基づいて適法な社會的行爲に出なかつたところに社會的な呵責性の根據がある。このやうに、刑事責任の根據を社會的規範に求める思想を「社會的責任論」といふ。規範的責任論は社會的責任論である。社會的責任論が唯一の正しい責任論であり、社會的責任論が眞の道義的責任論であるといはねばならない」²⁾。

我國に於ける道義的責任論の最も熱心な主張者である小野清一郎博士は自己の責任論の中に、規範的責任論の主張を吸収して居られることを注意し度い³⁾。

併し乍ら、私は責任論の今一つの深刻なる問題を考察せず居られない。法規範は國家の意思であり、法は常に權力によつて支へられる。こゝに於て人間の歴史の發展段階に於ける國家の現實性を直視しなければならぬ。國家意思と權力の社會的地盤は常に歴史的である。國家意思と國民意思の一致は常に望まれつゝも、現實は又常にその矛盾を露呈してゐる。國家意思たる法規範がその歴史性の故に、國民意思の歴史性と矛盾する事態に於て、國家の規範は尙、國民の意思に對し命令規範、意思決定規範として臨まねばならないのである。歴史の進展のみが此の問題を解決する。この意味に於て「人間の内心の善惡は歴史が決定する」と謂はねばならないのである。

(1) 瀧川幸辰教授、犯罪論序説、改訂版一〇〇頁以下、佐伯前教授、刑法に於ける期待可能の思想、下卷、二四七頁以下。同教授、主觀的違法と客觀的違法（法學論叢第廿七卷）。

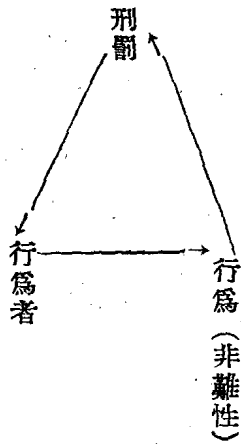
(2) 木村龜二教授、新刑法讀本、二〇二頁。

(3) 小野清一郎博士、新訂刑法講義總論、一五六頁。

四 責任の答責性

責任と刑罰との關係

一般に刑事責任論に於ては責任の反規範性、非難性と歸責性とが論じられ、責任の答責性に就ては不問に付せられる。寧ろ刑罰論の問題とされるのである。併し乍ら、刑罰は責任を前提とするのであるが故に、責任と刑罰との關連は、責任自體の構造的な性格として考察されなければならないのではないかと、考へられるのである。行爲についての非難に基いて刑罰が行爲者に對し科せられるのである。行爲と行爲者との連結の觀點において刑罰を行爲者に歸するとするのが歸責の觀念であり、之に對し、答責性は行爲の非難性と刑罰との連結の觀念である。従つてそれは、非難性と歸責性との中間を媒介する觀念であるとも言ひ得る。この關係を圖示すれば次の如くなると思はれる。



「責任があれば、その責任を明かにし、責任をとらねばならぬ」

責任は何故に刑罰を以て答へられなければならないかの課題を考へる前に、犯罪と刑罰との關係についての思想を顧みる必要があらう。刑罰は犯罪に對する應報である、とする傳統的な思想が想起される。應報刑としてのヘーゲルの刑罰思想は餘りにも有名である。

規範↓反規範↓規範の回復

ヘーゲルの考察を今一度回想し度い。「法の基盤は一般に精神的なものである。更らに精密に謂へば、法の立場ならびに出發點は自由なる意思である。従つて自由は法の實體と規定をなし、法の體系は實現せられた自由の王國、精神が自分自から產出した世界、すなはち第二の自然である」法哲學 第四節 斯る法の侵害が犯罪である。それ故犯罪は、法にとつて何等の積極的意味をもたぬ假象であるに過ぎない。「假象の眞理は、それが無であるといふこと、法がこの自己の否定を否定することによつて恢復せられるといふことに在る」法哲學 第八節

刑法規範は國家の意思としてその遵守を國民に對し要求する。従つて、犯罪は國家意思に對する背反である。國家意思は失はれた命令力強制力を回復しなければならぬ。責任の答責性は斯の様な規範の性格に即應するものである。行爲者の主觀の立場においては、彼の規範意識は自らの行爲の非難性を自覺することによつて、自責、悔悟、謝罪の念を抱くに至るであらう。

刑罰は主觀的意味に於ては、一度失はれた規範意識を回復することである。¹⁾

我々は前に、責任の本質は非難性である、と規定したのである。即ち、反規範的な意思が直ちに責任となるのではなくて、義務意識に基く行爲支配の可能性に對する背反が責任であり、これこそ刑事責任を決定するものとして解したのである。然らばこの非難性と刑罰との關係如何が考察されねばならない。惟うに、非難性の存否が刑罰の有無に關係し、非難性の大小が刑罰の大小に相應するのである。非難性の大小は義務意識に基く行爲支配の可

能性の大小により決定される。即ち、可能性大なれば大なる程非難性も大であり、可能性小なれば小なる程非難性も小である。然らば行爲支配の可能性の大小は何によつて決定されるのであるか。それは行爲者の行爲に際しての精神的な具體的状況、客觀的な具體的事情、性格、遺傳、自然的環境、社會的環境、身體の状況等々が可能性の大小の決定に参加することになるのである。

併し乍ら、刑罰の量定は、非難性の大小のみによつて決するのではない。これは注意すべきことである。理論的には、まさに行爲の非難性の大小によつて刑罰は量定さるべきである。而も理論の要求はそのまゝには貫かれない。行爲は行爲者の一部であるに拘らず、刑罰は行爲者の全體に及ぶ。従つて、實際的には、刑罰は行爲のみならず行爲者に依つて規制されることになる。斯くて刑罰は、行爲に基く側面と、行爲者に基く側面を有つことになる。我刑法草案第五十七條の規定する「刑の適用に付ては犯人の性格、年齢及境遇並犯罪の情狀及犯罪後の狀況を考察し特に左の事項を參酌すべし……」として掲げる項目もこの事から理解され得る、のではないかと思はれる。

最後に刑罰の本質について一言しなければならぬ。刑罰は責任に對する應報である。應報は規範意識の回復を目指す。そして規範意識の回復は決して可酷な刑によつて果されるものではない。人間は努めて刑罰を避止し抑制しなければならぬと、主張したのは、却つて、それによつて責任を自覺せしめ、規範意識の回復をはかり得るからである。怨嗟の發するところ、そこには、規範意識回復の芽は萌え生づることはない。

(1) 竹田直平前教授は、責任と刑罰（法と經濟第十一卷第五、第六號）に於て、責任非難は犯人の規範意識に向けて爲されるとしても、それは如何なる反動又は要求を内容とするものであるかとして、(1)違反性の承認、(2)自己是正の誓、(3)謝罪を摘示されてゐる。

五 責任の歸責性

刑法學上責任の歸責性を認めることに意義を認めるか否かは、學派によつて説が分れる。歸責を最も強調するのは道義的責任論であり、最もこれを無視するのは社會的責任論である。

私は先づ、犯罪成立要件としての責任觀念に於て歸責性を認める必要があるか、どうかの問題から検討することにしよう。

小野清一郎博士は道義的責任を解して、反道義的な行爲につき、其の行爲者に對する道義的非難に基いて責任を負はせることであるとされ、法律上此の見地において歸責の行はれる場合があるのであつて、これが道義的責任であり又、單に「責任」ともいはれる、とされるのである。ドイツ刑法學においては *Schuld* の語がこの意味に相當するとも註せられてゐる。ところが、これに續いて、今日の刑法は道義的責任を以て刑事責任を歸する條件とするのであつて道義的に責任のある場合に於てのみ刑事責任を歸することをその理念とする、とも言はれるのである。この前後の行文を拜見して「責任」という言葉が一定の觀念を示してゐないことに氣付かざるを得ない。即ち、それが「刑罰」を意味し、「歸責」を意味し、又道義的責任は道義的非難に基いて責任を負はせることであると言ひ乍ら、即ち道義的責任の觀念の中に既に歸責を觀念されつゝ、道義的責任のある場合に刑事責任を歸するとも言はれるのである。刑事責任という概念によつて刑罰を意味されてゐると思はれるのであるが、この間の消息は、明確ではない。それはそれとし、小野博士は道義的責任の本質は道義的立場からの非難であるとしつゝ、責任觀念の中心に「歸責」を据えられる如くである。

もともと、歸責觀念は古典派、正統派の自由意思論に基礎を置くものであつて、「吾人ハ爲不爲ノ自由意思ヲ有シ犯罪ハ吾人ノ自由意思ニヨリテ作爲不作爲シタルモノナルカ故ニ所謂汝ニ出ツルモノハ爾ニ還ルノ原則ニ依リ責任ヲ負フナリ」といふ見解が生れるのである。即ち、自由意思が行爲の根源であるから、行爲についての責任は行爲者に歸すべきである、とする思想が歸責觀念の骨子である。●ところでこの様な歸責觀念が、犯罪を成立せしめる要件としての責任の概念にとつて必要であるか否かについては大いに疑問があると、私は思うのである。犯罪を成立せしめる要件としての責任概念は言うまでもなく、行爲が犯罪として成立するための行爲者の意思の様態に關する評價の概念である。換言すれば、行爲が犯罪行爲となるか否かの主觀的な要件である。行爲の犯罪性を確定することを、刑罰を行爲者に科することの前提としなければならぬのである。犯罪の成立の後始めて、犯罪行爲に因る刑罰を行爲者に歸するという、歸責の問題が生ずるのである。このやうな理由に依つて、私は、犯罪成立要件としての責任概念にあつては歸責の觀念を不必要と考えるものである。

然らば刑法上、歸責の觀念は無意義であらうか。何故に刑罰を行爲者に加へ得るかの問題は、依然として刑法における基本的課題の一であると、私は考えるのである。その理由について、以下考察を進めたいと思う。

社會的責任論は周知の如く、從來意思決定論を唱道したのである。即ち、木村龜二博士は、「反規範的な行爲が、自由意思に基くものではなくして、犯人の性格に基くものであり、この犯人の性格が、又、社會の環境に因て規定せられて居るものであることが認識せられたのである。ここに、犯罪の原因を探究してその對策を考究するところの刑事政策が發達したのである。」と謂はれ、牧野博士も亦、「人格と行爲との間に成立する特別な連鎖といふ觀念は、純正に實證的なる見地より批判するときは、單に形而上的なるものと謂ふべく、又、實に、寧ろ人工的なるものと謂ふべし。要するに、斯の如き連鎖といふことに關し、從來、世人乃至學者の一般が信念を、

有し來れりと謂ふに過ぎず。因より、斯の如き信念が近代法治國思想の基礎と爲れる文化的意義は之を尊重せざるべからずと雖、吾人は、之を實證的批判的に再構成する所なかるべからず」と説かれるのであつた。犯人の性格の危険性、これに對する社會防衛、これが行爲者に對し刑罰を科する理由である。果して社會防衛を理由にして受刑者は自己の刑を當然として是認し得るであらうか。

この様な性格責任論に對しては、近時、人格主義責任論の立場から精密な検討が加へられてゐることを知らなければならぬ。我國に於ける人格責任論の主張は夙に、安平政吉博士の「人格主義の刑法理論」(昭和十三)に見られるのであるが、更に故不破武夫博士、團藤重光教授に依つてその主張が確立されつゝあるのである。行爲と行爲者との關連が、人格責任論に於て如何に理解されてゐるかを示すために、不破博士の「刑事責任の基調」の一節を引用することにする。

「刑事責任を以つて、行爲につき行爲者に對して加へられる強き道義的非難と解する場合、然らば何故に斯の如き非難を行爲者に加へることが出来るか、といふことが問題とならざるを得ないであらう。

惟ふに、吾々人間の行爲は、意思と行動との総合的な統一である。而して、人の意思も行爲も因果律と充足理由の外に立つものではない。因果律が汎く承認せられる如く、思惟の範疇であり、吾々の悟性の従はざるべからざる觀察と思考の形式であるならば、人間の行爲に關してのみ無原因性を認めることは、吾々の悟性活動の統一性を拋棄することに外ならない。即ち、人の意思は、先天的並びに後天的な所與の極めて複雑な組合せによつてきまつて來るもの、と考へざるを得ないのであつて、其の行爲者に對し、決定的な瞬間に於いてなほ他の行爲を期待し得べしとなすことは、私の解するところによれば、其れは全く他の人格を期待することに外ならぬのである。

人間の行爲が、斯くの如く必然的なるものに規定せられるに拘らず、而も吾々が行爲につき行爲者を非難し得る所以は、實に、行爲者が倫理的實踐の主體であり、生きた自由なる人格たるが故に外ならない。吾々は、必然的なるものに規定せられながら、なほ自律的に行爲し、生活を自覺的に形成し、其れによつて環境を決定し、同時に自己の人格を規整しつゝ涵養しつゝ、みづからの運命を開拓して行くのである。人間は實に一切の歴史的なるもの及び環境的なるものに決定せられつゝ、而も歴史を作り環境を作つて行く精神として存在する。」

團藤教授は、人格ないし性格が固定したものではなく、形成——しかも主體的な形成——の可能なものであることを、實證しなければならぬ、もし實證的に自由が全然ないものであれば、人格に對しても行爲に對しても非難の可能性は存在しない、として主としてレントツの所説に依據して、人格と行爲の關連を究明され、結局、犯罪行爲は行爲者の人格の現實化、しかも主體的な現實化である、と論定されるのである。

人格責任論そのものゝ當否は又別にこれを論じなければならぬ。例へば、人格は一の行爲とは全く反對の性質の行爲を、別の機會に於て爲し得るものであるから、一の行爲の中に行爲者の全人格が表現されるとは限らない。行爲の評価は結局行爲に依つて行はなければならぬ、と思はれる如き疑問がある。併し、行爲と行爲者との連繫に於て、意思の自發性自律性を認める主張については見解を同じくするものである。行爲について行爲者を非難し得る根據は上述の見解に依つて理由づけられるが、又、行爲者に對し、行爲についての歸責を求め得る根據も實にこゝにあるのである。命令規範に對する自己の態度の決定が意思の自律性に基くことを是認することは、規範と行爲との關係の大前提であり、且、又、それは科學的に實證され得ることがらである。私は最近の行動心理學の主張に注目したい。

「行動力學は次の三つの事實の認識をその根本出發點とせねばならない。一、行動の原動力たる意欲は認識・

感情等と對立して獨自の内的力であり、固有の行動と世界とを生産する力を有つてゐる。二、併し行動は總じて機械的運動と異つて有機體の綜合的全體的運動なる故、それには當然有機體の各機能の相互作用が豫想される。意欲的行動には明かに認識・感情との相互作用が認められるのである。三、行動は内面的力の關係、心理的場によつて規定されると共に、又外面的場によつて規定される。道元の所謂「人の心本より善惡なし。善惡は縁に隨て起る」とあるように、如何に高い行爲と雖も外的世界の力によつて強く規定される。同時に内的世界と外的世界とは孤立的に存在するのではなく、行爲の主體に屬し、又行爲の主體が屬する世界として相互限定の關係に立つる。

意思の自律性、自發性は、行爲の非難性の根據である。同時に、又、それは、行爲と刑罰と行爲者を連結する歸責性の根據ともなるものである。そしてこの故に、道義的責任論に於て、非難性と歸責性とを識別されなかつた原因があると思はれる。

前に犯罪成立要件としての責任の本質は非難性であつて、歸責の觀念はその要素となるものでないことを述べたのであつたが、今や歸責觀念は別の観点において、その意義を認めらるべきことが明かとなつた。歸責は刑罰を行爲者に歸することであるが、刑罰は行爲の非難性に、即ち責任の答責性に基因するものであり、更に行爲は行爲者の意思より出するものである點よりして、歸責は責任の非難性と連繫するものである。我々は更に進んで責任と危険性との問題、宮本博士の可罰的責任の問題を關連的に考察しなければならぬのである。又、行爲は行爲者の一部であるが、刑罰は行爲者の全體に及ぶことも前に觸れたところであつて、従つて行爲者に關連した歸責性については更に多くの論及すべき問題を殘してゐるのであるが、これ等は他日を期することにした。

最後に責任と訴訟法の交錯について附言する。行爲者に對する歸責の問題は、何人が行爲者であるかを判定す

る問題とは異なる。歸責は行爲者の確定の後の問題である。併し乍ら行爲者に對し刑罰を科し得るといふ根據は、刑罰を科し得るのは行爲者に對してのみ、という根據になり得るのではないか。従つて眞犯人の確定こそ刑事訴訟法における第一の任務となることになる。

- (1) 小野清一郎博士、新訂刑法講義總論、一三五頁。
- (2) 勝本勘三郎博士、刑法の理論及政策、一八五頁。
- (3) 木村龜二博士、刑事政策の諸問題、序一頁以下。
- (4) 牧野博士、重訂日本刑法上卷、一四一、一四二頁。
- (5) 不破武夫博士、刑事責任論、七、八頁。
- (6) 團藤重光教授、人格責任の理論(法哲學四季報第二號、一〇〇頁以下)
- (7) 島芳夫教授、行爲の全體的構造(行爲と論理)、二七七頁。