

# 意思自由の問題は刑法学上必要か(一)

——最近の動向に関連して——

大 谷 實

- 一、問題の前提
- 二、現代における刑法学の方向と意思自由の問題
- 三、最近における意思自由論への疑問
- 四、いわゆる「やわらかな決定論」批判 (以上本号)
- 五、意思自由の問題回避の方向
- 六、人格責任論と意思自由の問題
- 七、むすび (以上、次号)

## 一 問題の前提

責任とは何か、という問いに対して、近代理論刑法学は、意思の自由に対応させて道義的責任を主張してきた。自由意思を有する者がその自由な意思にもとづいて違法な行為をなしたところに道義的非難が加えられるのだ、というのである。ところが、そのような意思自由の観念は、形而上学的なものであり「魔術的概念」であると、新派から批

意思自由の問題は刑法学上必要か(一)

判を受けたのは余りにも有名である。<sup>(1)</sup>

ところでメツガーは倫理的責任と、法的責任の問題は、同一の領域で考えられてはならない、としている。意思自由の問題は、倫理的に解決されなければならないが、法は社会生活の一般原則を類型的に構成するものであるから、刑法上責任があるということは、一定の類型的事情のもとで他行為の可能性があったことを意味し、その行為について、一定の人格者に非難を向けることである。<sup>(2)</sup>

こうメツガーはいうのである。

では、刑事責任の根拠として、果して意思自由の問題は必要なのだろうか。そうして、われわれは、この問題と対決する意義を認めるべきなのであるか。

かえりみると、刑事責任を構成する前提としての決定論か非決定論か！ という問題は、実際、刑法学者を悩ましてつづけてきた。もちろん、その理由は、この問題の把握の仕方によって刑法学の全構造がこととなったものとなるからであり、これまでの刑法学派の対立もここに基因しているのである。けれども、注意しなければならないことは、期待可能性の理論が新・旧両学派の架橋となつてから、少なくとも、犯罪論上意思自由の問題はそれ程、根本的な対立とはなっていないということである。だから、ある意味で、意思自由の問題は、すでに解決済みのものであるといつて、さしつかえないように考える。<sup>(3)</sup> (もつとも、このような新・旧両学派の妥協が許されてよいものかどうかは、視点を變えて論ずる必要がある。)

しかるに、周知のごとくわが国では、平野教授が「やわらかな決定論」を公けにし、新たに人間の意思自由の問題をとりあげ、目的的行為論と経験法学を折衷した形で、責任と刑罰の問題について独自の構想を示された。<sup>(4)</sup> また、<sup>(5)</sup>

藤教授が、人格責任論の立場から、相対的意思自由論を再説され<sup>(5)</sup>、それが確固たるものであることを示されるに及んで、にわか論義が再燃することとなった。また、福田教授は、この問題を「わが理論刑法学が責任論においてなさなければならぬもっとも重要な課題<sup>(6)</sup>」とされた一方、中山助教授は、ソビエト刑法学の立場から、この問題に立入った研究を発表されて、最近の論議、特に平野教授に対する批判を明らかにされている。<sup>(7)</sup>

ドイツにおいても、この問題が再び論じられているようである。すなわち、エンギッシュが「現代刑法哲学における意思自由論」(1963)を公刊して決定論的立場を明らかにするや、ポツケルマンが「意思自由と責任能力<sup>(8)</sup>」を表わして、エンギッシュに批判的態度を示し、さらにウェルツェルも<sup>(9)</sup>、存在論的立場からこの論議に加わるに至って、この問題は、再び大きくとりあげられてきている。

ところで、わたくしは、これらの決定論か非決定論か！ という二者択一的な議論には、それ程実り多い成果を期待できないのではないか、という感じを強く持つのである。人間に選択の自由や、意思決定の自由があるか、ということとは、心理学、生物学、精神分析学などの経験科学では、なお解決し得ない多くの問題が残されているといつてよい。依然として、意思自由の問題史が示すように、この問題は、多分に世界観的、信念的なものである。経験科学の光を当てたところで問題解決にはならないものと考ええる。

刑事責任の確定に当って、人間の意思が自由であるかどうかということ、考える必要はない、と説く人達の多くは、この未解決の問題に対して懐疑的なのである。<sup>(10)</sup> 結論を先取りすることになるが、刑事責任の前提として意思自由の問題を確定しなければならぬとすれば、刑法学派の根本的対立は、永久に存続せざるを得ないものと考えらる。

われわれの意思が一定の法則性の中で活動していることは、何人も疑がわなからであろう。と同時に、われわれに道義的觀念があり、非難性という価値概念が社会生活において倫理的機能を持っている以上、M・E・マイヤーが正当にも指摘しているように人間は非決定論へと決定されているのである。<sup>(11)</sup>従って、そのいずれを否定しても責任概念を法律的に構成することは不可能であろう。

さて、右のような視角のもとに、責任と意思自由の問題について若干の考察をしようとおもうのであるが、それは、必然的に、哲学、人類学、心理学、精神医学にまで及ぶ問題であるだけに、その全面的な研究は、筆者にとって到底不可能であるので、ここでは、一応、最近の論義に焦点を絞り、基本的な点を検討し、最後に、これまでのわたくしの研究課題である人格責任論において、どのように把握されるべきかの論定を試みることにしたい。

- (1) この点について、最も明確な定義を打ち出したのは Träger, Wille, Determinismus, Strafe, Berlin, 1895. SS. 55, 68.
- (2) Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 1931, S. 251. und; siehe Über Willensfreiheit, Sitzungsbericht der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Jg. 1944/46, Heft 9, S. 4.
- (3) Nowakowski, Freiheit, Schuld, Vergeltung, Rittler-Festschrift, 1957, S. 59.
- (4) 平野・「意思の自由と刑事責任」(「自由の法理」所収)二五三頁以下。
- (5) 団藤・「刑法における自由意思の問題」(「自由の法理」所収)二〇七頁以下。
- (6) 福田・「現代責任理論の問題点」ジュリスト三二二二号、五八頁以下。
- (7) 中山・「刑事責任と意思の自由」法学論叢第七七卷二二二頁以下。
- (8) Bockelmann, Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZstW. Bd. 75, S. 372 ff.
- (9) Welzel, Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft, 1964, S. 14 ff.
- (10) Bockelmann, a. a. O., S. 387.
- (11) M. E. Mayer, Schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, S. 100.

## 二 現代における理論刑法学の課題と意思自由の問題

それにしても、意思自由の問題は、刑法学上、甚だ実践的な性格を帯びてきたのであった。そこで、本節では、それぞれの犯罪理論傾向の中でこの問題がどのような実践的役割を担っていたか、そうして現代の理論刑法学の方向をたずねながら、そこにどのような問題が横わっているかを検討してみることしよう。

一九世紀の末葉に確立された理論刑法学、それは行為主義<sup>(1)</sup>道義的責任<sup>(2)</sup>広報刑思想を軸として構成されたのであるが、この刑法学の理念をなすものは、自由主義的国家観にもとづいて、何よりもまず、国家の専制的な刑罰権の行使を排除するところにあつた。ところで、古典的な理論刑法学は、右の保障原則を徹底せしめるため、三分主義の刑法体系を生み出し、特に、概念法学的実証主義と結合し精緻な構成要件論を展開したのであつたが、責任論の領域では、意思自由の問題が特に強調された。行為者および市民が個人の権利の分野に無制限な刑罰権の介入することを阻止するためには、意思自由の肯定にのみよらなければならない、という意識が強くはたらいいたのである。<sup>(2)</sup>もちろん、このような見解の背後には、深く且つ広大なドイツ観念論の影響があることは、看過し得ないけれども、意思の自由を責任の基礎としたことには、明らかに保障原則の徹底という実践的要請があつたことは疑いない事実である。

伝統的刑法理論、従つてまた意思自由論が、時代の要求として生誕したとすれば、近代学派、従つて、その基礎となつてきている意思決定論が生誕したのも、時代と社会の要求からである。十九世紀の産業資本主義は、機械文明の進展に伴ない急速に発展し、やがて独占資本主義の段階に突入した。それにともない階級社会が確立してくるに従がい、

新しい社会問題が簇出するとともに、犯罪の異常な増加現象を生みだした。かくして「一週間として健全な人間の理解力に矛盾しない判決がなされないことはない」と世人から非難される結果を生来せしめたのである。<sup>(3)</sup>一方、十九世紀後半の学問的方向の転換は、ダーヴィニズムの浸透と相俟って、甚だ顕著なものがあつた。ドイツ観念論哲学は崩壊し、形而上学的思考は姿を消し、経験科学的考察のみが、真に科学の名称に価する方法として用いられたのである。かかる時点で登場したのが近代学派であることは、今さういうまでもない。リストが古典的体系に一応依拠しながら、刑法学の根本理念は、行為主義に基づく可罰性に存するのではなく、罰せられるべきは何者かという当罰性の問題として把握すべきことを前提に「自由主義的法治国家から社会的福祉国家へ」の標語のもとで犯罪論の再構成を試みたことは、この時代にとって象徴的なことと思われる。<sup>(4)</sup>

かくして、一方では、時代の要求、他方で自然科学的方法論の擡頭という二つの契機が、もつともよく結合し得た場面こそ、意思決定論であつた。実証的所与の因果論的説明は、決定論的人間観を生みだしたと同時に、増大する犯罪現象、特に、常習犯、累犯から社会を衛るための、科学的・合理的対策にとって、人間の意思が性格と環境によつて決定されているとする意思決定論は恰好のものとなつたのである。

このように、古典刑法学の実践的性格を否定し、刑法学に新たな実践性(社会防衛)を盛り込もうとしたリストも、やはり時代の子であつた。彼は、犯罪理論については、古典的な三分説に立脚したので、理論刑法学と刑事政策学を分断する仕方で学問活動をなした。そうして、その後、さまざまな方向に理論刑法学は進むこととなつたのである。<sup>(5)</sup>

その一は、在来の理論刑法学に、全くその実践性を認めないで、刑事政策的刑法理論を編み出す傾向である。その二は、理論刑法学については伝統的方法を承継しながら、それと別途に刑事政策学の面で理論刑法学の欠陥を補充し

ようにする仕方である。その三は、理論刑法学の中に可能なかぎり、新たな実践的側面を吸収しようとする傾向である。そうして、現代刑法学の状況においても、このままの分類が当て嵌まるものと考ええる。

では、このような三つの原理的態度に対して、われわれは、どの立場を撰ぶべきであろうか。

まず第一の立場は、新派刑法学として、実証主義と合理主義を標榜しつつ学界を席捲したのであるが、結局、学界を支配するまでには至らないものであるといえるであろう。その理由は、中山助教授も指摘されているように一つには、古典的な保障原則を破壊するものとして民衆の側からの批判にさらされていること、および、刑法のもつ道義的応報の側面を捨象することが、かえって刑法の威力を失わしめるという支配者の側の危惧による。<sup>(6)</sup>近代理論刑法学が、まさに保障原則の徹底という実践性を帯びて登場してきたこと、そうして社会および国家体制の進化および変遷につれて、右の実践性が崩れ、それを維持するときには、かえって人権保障の精神を完了し得ないとして、新たに、刑法理論の実践性の追究が叫ばれたことは、刑法学史の教えるところである。そこで要求されることは、現代刑法学が、今日の状況において、いかなる実践性を付加されるべきであるか、そうして、その理念を照準として、どのような理論刑法学が期待されるべきであるかということである。<sup>(7)</sup>これを裏がえせば、結局、現代資本主義の権力構造をどのように分析、評価するかという課題につながってくるであろうが、本稿では、それを一応措こう。だが、近代理論刑法学への追従は、現代的状況において、積極的な意義を持ち得ないという不満は、否定し得ないのではなからうか。すなわち、現代の資本主義体制および、その権力機構は、高度に複雑化しつつ、その体制の必然的傾向として「社会福祉」<sup>(8)</sup>「国家の理念を標榜せざるを得なくなった」。(社会福祉国家論を正当なものとしているのではない。現今の国家権力がその方向に行かざるを得ないということ述べているのである)。その当然の成行きとし、国家の権力は、統制手段として

否応なしに個人に干渉してくる。特別刑法が無数に立法化されていることは、端的にこのことを物語る。そうして、一方では、階級的権力構造が依然として鮮明である今日、理論刑法学の保障原則は、なお、現代的意義を持つものと考ええる。しかしながら、この保障原則ですら、伝統的な形で維持しがたいことは、強く認識されなければならない。というのは、今後、ますます増大するであろう特別刑法の中で、個人が刑罰の網の目をくぐりながら生活しなければならぬという不幸を、旧来の罪刑法定主義を軸とする人権保障の原則では、避けがたいと考えるからである。<sup>(9)</sup>ここに保障原則に対する反省が必要とされる理由が存する。同時に増大する犯罪現象に対して、社会をいかに防衛するか、という問題も結局は、国民の人権擁護に連なるものであつてある程度社会防衛を積極的にとり得る理論刑法学こそ、現代に要請されているものであろう。

ところで、わが国の団藤、平野両教授の意思自由についての見解は、その基本的立場において全く対立的であるのかかわらず、実は、右の視角において、全く一致するもののように思われる。そうして、ウェルツェルやエンギッシュの決定論もまた、右の課題とは、無縁でないように思われる。現代における意思自由論は、決定論か非決定論かの立場は別問題として、理論刑法学に実践性を折り込もうとする点において特色を持っていることができる。しかし、このように、社会防衛と権利保障の両立を刑法理論学において認めることについては、それは「現代的な『福祉国家論』の一反映」であるとか「それが『ブルジョア的』合理化にとどまる限り、必ず……保障原則にぶつつかりこれを押し倒して進む危険性をもっている」という批判が向けられるであろう。<sup>(10)</sup> そうして、この批判は、まさに理論刑法学に新たな実践性を持ち込もうとする運動においては、常に意識されていなければならず、これを、どのように回避して体系化に踏み切るかが、最も重要な課題となるであろう。



ところで、今日の犯罪論の状況は、先ず、古典学派が、徐徐に新派的要素を自己の理論体系にとり入れて新派への接近を企図しているとともに、新派もまた、旧派的な規範的責任概念をとり入れて、旧派との妥協点を発見しようとする理論傾向にあるのであって、まさに新・旧両派の妥協が最も進んだ状態を呈しているということができよう。だから現代において、刑法学派の対立は、もはや存在しないという発言も行なわれるのである。<sup>(11)</sup> その際、両派の分水嶺となった意思自由の問題は、漸次、その存在意義を失ない、主観主義の側からさえ、人間の意思が決定されているかどうかは、刑法理論と関係がないといわれているのである。恰かも、新・旧両派の接近ないし妥協は、意思自由の問題を回避することによって成立した、ということができよう。<sup>(12)</sup>

しかるに、団藤、平野両教授、ウェルツェル、エンギツシュ等の見解は、むしろ、再び意思自由の問題を正面からとりあげることによって、責任概念を再編成しようとしているところに特色があるといえるであろう。

今日の犯罪理論はこのようにして、行為者刑法への道を急速に歩み出したといえるのであって、その際、人間の意思の自由もまた、理論刑法学の現時点における実践性を支える基盤として、新たに反省されるにいたったものといえよう。(もちろんこれに反対する動きも認められる)。

- (1) 中山・「ブルジョア刑法における刑事責任と意思の自由」ソヴェト刑法四五頁以下、参照。
- (2) Birkmeyer, Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht, Rostock, 1885, S. 69 ff.
- (3) Haeckel, Die Welträtzel, Taschenausgabe, S. 4.
- (4) 拙稿・「人格責任論の準備的研究」同志社法学第七三号、二四〇二六頁参照。
- (5) 拙稿・前掲論文、二四頁参照。
- (6) 中山・前掲論文、六六頁。

意思自由の問題は刑法学上必要か(一)

- (7) 井上・「現代における刑罰思想」は、この点を問題として、理論刑法学に実践性を持ち込もうとされる。(岩波「現代法」(11)一九九頁以下。
- (8) 社会福祉国家論が現代において強調されているが、それは擬似理論であって反対せざるを得ない。ただ現代資本主義国家における行政権の優越性が必然現象として現われていることに著目する必要がある。われわれは、この現実を目をつぶることは許されないのである。
- (9) この点で平野教授の提言は注目してよいものと考ええる。「現代における刑法の機能」現代法(1)三頁以下、参照。
- (10) 中山・前掲論文(論叢)六頁。
- (11) Bockelmann, a. a. O., S. 389, 平野・「矯正保護法」(法律学全集)二頁。
- (12) Liszt-Schmidt, Strafrecht, S. 30.; Anm. Mezger, a. a. O. S. 251.

### 三 最近における意思自由論の性格と運命

そこで、先ず、最近において展開されている意思自由論を検討し、その目指す意図が十分に実現し得たかどうかを検証してみることにしよう。

近代の理論刑法学は、先にも述べたとおり、行為主義—道義的責任—広報刑の図式の中で客観主義刑法学を樹立したのであるが、その際、責任概念の基礎をなしたものは、疑いもなく、自由な意思を承認することにあつた。では、刑法上、意思の自由とは、いかなるものを意味したか。古典学派の典型であるビルクマイヤーはいう。「意思は自由であり、人間は誘因を自由に、任意によって動機とし、または、しないことができる。この際、表象を任意に作り上げる自由は存在しない。……動機にまで引きあげられる諸諸の誘引力を相互に評価し、その誘因に反対し、力を与え、動機まで高めるか、高めない自由がある」<sup>(1)</sup>。ここでも明らかにされているように、自由な意思とは、具体的事情のも

とにおいて一定の行為を意欲する代りに他の行為を意欲する可能性をもっていること、すなわち撰択の自由を意味するに他ならない。したがって自由な意思とは、他の決意もなし得るということを意味するから、他の原因によって決定されないということ、すなわち因果的必然性の支配を受けない自己の意思を原因とするものだということに帰著する。このように因果法則の支配を受けないという意味において非決定論と称されるのである。<sup>(2)</sup> かかる非決定論は、刑法上、犯罪行為以外の適法行為を決意し得たという意味を認めることにおいて責任非難の根拠となったのである。<sup>(3)</sup>

ところで心理的責任論は、かかる自由な意思を根拠として、故意・過失があれば、意思自由が認められるという絶対的非決定論に立脚していたのであるが、いわゆる期待可能性の理論の発展に伴ない、人間の意思はある程度、内的・外的な因果法則に拘束されることが承認されるにいたった。フランクが行為状況の正常性を責任要素に加えたのは、かかる企図に基づくといつてよいであろう。<sup>(4)</sup> そうして、このような近代理論刑法学の基礎となった意思自由論の出発点が、もっぱら保障原則の徹底にあったことは、前節で指摘したとおりであるし、その後の相対的決定論の実践性も、まさに、この路線において承認することができるのである。

ところが、意思自由論にもとづく道義的責任の観念を維持しながら、なお、刑罰を将来に向っての新たな人格形成の手段として考え、犯罪闘争に対する有効な機能を發揮させようとするのは、団藤教授である。

教授はいわれる。

「われわれの行為は、われわれの人格の現実化したものである。人格の現実化にあつては、人格と外界—環境との相互作用がみとめられる。ところで、人格は素質そのものではない。先天的後天的な素質を基底としながら、その上に、集積された体験が沈澱して形成されてゆくものである」 「きわめて図式的にいえば、素質と人格環境とから人格

が形成された現在の人格と現在の環境すなわち行為環境とから行為が形成されるといってもよい」として、極めて決定論的見解を述べられてから、人間は、かような素質と環境によって制約を受けつつも、その制約のもとで、なお主体的な条件設定が可能であり、その制約の範囲内において意思による撰択の可能性、すなわち自由意思を認めようとする。このような主体的に形成された人格に対して、責任を問いつつ、それに向って刑罰を科すときに、刑罰は、行為者に対して有効に作用すると主張されるのである。このような相対的意思自由論は、一方で道義的責任の観念を維持しながら(従って古典的な刑法理論学を体系的にふまえながら)他方で、その中に、近代学派の実践性を折り込もうとする立場で意思自由の問題に新らしい意義づけをしたものであることは、明らかである。そうして人格形成の主体性がないし、自由意思性を問題として採りあげる基礎的モチーフは、実に、その自由の契機を把握し、そこに刑罰としての新たな条件づけをして、改善的な措置を構ずることにあるわけである。<sup>(5)</sup>

では、この所論の難点は、どこに存するのであろうか。

フォン・ウェーバーも指摘しているように<sup>(6)</sup>、人間に意思の自由があり、その点に動物と区別される枢要なモメントがあることは、今日の動物学者や人類学者の明らかにしているところであって、経験科学の認識範囲を超えている問題であるとは必ずしもいえないもの<sup>(7)</sup>と考える。同時に、われわれの倫理的世界においても、一定の自由を承認し、それに基づく非難という概念が規律を維持するうえで有効に作用している以上、団藤教授の所説を、いちがいに否定することは失当であろう<sup>(7)</sup>。だが、このことから、ただちに団藤教授の所説に賛成することはできない。

その理由は、同教授が自から課した任務を十分に実行し得てないということである。

先にも示したように団藤教授は、行為に現実化した人格をとらえて、それが、何せそうなたかを問い、過去の人

格形成から現在の人格までにいたる有責部分をとり出し、それに対する非難をもって、新たな主体的人格形成を促すことを主眼としたはずである。そうだとすれば、人格形成の主体性の巾、および質が実証科学によって法則化されな  
いかぎり、実践性を持ち得ないはずである。あまりにも、公式化した人格責任論に対する批判であるが、意思自由を、  
あらたな観点から論じようとするならば、やはり、この問題に対する解答の義務があるものと考ええる。「行為および  
人格形成に自由の契機があるということはなんら実証されていないではないかという批判を、わたくしは当然に予期  
しなければならぬ。そのとおり。」<sup>(8)</sup>というだけでは、すまされない問題ではなからうか。

たしかに、行為は人格の潜在体系にうらうちされて現実化するものであり、行為に現われた人格を基礎として刑罰の  
対象に持ち込むことは、団藤教授の当初の企図に添うものといえようが、その人格がどの程度の主体的コントロール  
によったかということは、現代の実証科学の認識を超えた問題であるといわなくてはならない。そうだとすれば、団  
藤教授の見解は人間の精神生活において作用しているポスチュレート<sup>(9)</sup>を承認した、ということに過ぎないのではな  
からうか。そうして、このような傾向は、現代の意思自由論においても、回避し得ないものであろう。

団藤教授が、いわば新社会防衛論の立場から、その実践的要請のもとに、自由意思の存在を確認する仕方  
で意思自由の問題をとりあげたのに対して、それと反対に古典的な理論刑法学を墨守する立場から、この問題をとりあげたも  
のとして、中山助教授の論文に注目したい。中山助教授は、刑法の保障原則は、現代の独占資本主義国家において依  
然として最高の実践的課題であるという観点から意思自由の問題をとりあげて、「刑事責任の本質の探求は『意思自  
由』の問題を回避しては行い得ない」という立場にあって次のようにいわれる。

「問題は行為主体の『選択能力』をいかにして責任非難に結びつけるかということであり、それはもはや論理的考

察ではなくして、社会的な考察、つまり当該の社会および国家が法違反者に対して道義的責任を追求し得る根拠およびその程度・余地の問題である。……何よりも社会的な実践の問題である刑事責任とその根拠の問題を論理的平面のみで説明しようとすることは誤っているであろう」。

では道義的責任とは何を意味するか。中山助教授によれば、道義的責任の概念は歴史的な概念であり、それは、近代刑法の保障原則に合致するものである。それゆえ、国家の期待の名において責任非難が擬制されるとする擬制論には対決せざるを得ず、人間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。……責任刑は何よりも過去の行為に対する追求であり、それが道義的説得性をもち得る場合にはじめて、将来へ向けての予防目的が達成される」のである。このように展開される道義的責任論において、意思自由の問題は、どのように位置づけられるであろうか。同助教授はいわれる。「人間の行為選択能力それ自体の中に刑事的責任の根拠があるのではなくして」「彼自らが社会の期待にこたえて正しい決心をな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する」だから「当該行為者の中に無原因な自由の部分<sup>(9)</sup>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、犯罪行為におち入るべきではなく、適法な途にとどまりえた筈であることをどの程度説得的に論証するか」(傍点筆者)ということに意思自由の問題がある。<sup>(10)</sup>

このように展開される中山助教授の見解は、意思自由の問題が論理的な問題でなく実践的な問題であることを明らかにする(メツガー)<sup>(11)</sup>と同時に、意思自由論の限界と運命を暗示する象徴的な意見であると思われる。すなわち同助教授は、一方では、社会の期待にこたえて正しい意思を決定する能力を人間に認め、国家の非難にもとづいて反省

する行為者を前提にしつつ、しかし、彼が、自由をもっていたかという部分を探求する必要はないとしている。そうだとすれば、道義的責任、したがって自由意思を強調することは、只管、国家の側からの非難の性格によって、引き出せるということになってくる。また、行為者の側における意思の自由性を論定するにあたり、期待可能性の標準を行為者自体におくことによって「道義的説得性」をもたせ得ると主張されるが、そうだとすれば、中山助教授の所説を貫く限り中山助教授は、やわらかな決定論を基本的に支持していると考えから「すべてを知ることには、すべてを許す」結果に陥るのではなからうか。そうして、それをしも、なお、刑罰制裁のもとに置こうとするのであれば、やはり、インヒューマンなものになるのではなからうか。こうみてくると、行為者の側における他行行為の可能性があったかなかったかの判断から、自由意思を認定しようとする以上、結局、一種のフィクションに終らざるを得ないのであって、自由意思を前提にする学説の多くが辿った運命を自から撰ばざるを得ないもの<sup>(12)</sup>と考える。

道義的責任論の前提としての自由意思の機能は、現代においても、単なる形而上学的な観念の領域から一步も出ていないことは、右の最近の有力な見解において現われているものといえるであろう。<sup>(13)</sup>これに対して、今日のドイツにおける意思自由をめぐる論議を眺望してみると、自由意思を正面からとりあげて、責任概念を構成しようとする立場は、期待可能性の標準が通常人説に落ちつくにつれて、非常に少なくなっているといえるであろう。ドイツのそのような学説の動向については、第五節において論ずる予定なので、ここでは、若干、検討し、その方向を捜るに止めたい。

責任の根拠として自由意思を積極的に認めようとするのは、アルツール・カウフマンである。彼はいう。「人間は、人格的存在である。人格は、自己決定と自己の実現という点にその意義を見出だす。人間の自己決定への自由は、客

観的に予め与えられている道徳律の基準に従って、自己の本質を実現する自由を意味する。ところで道徳律が客観的なものであるということから義務の概念が生ずる。そうして、この義務こそが答責性と責任の根拠である。かくて、メツガーなどの、刑事責任と自由意思の問題は関係しないという立場に対して批判しなければならぬ。このように説きながら、「責任原理とは、責任を実質的に理解するとき初めてその意味と意義を持ち得る。責任とは、道義的責任としてのみ実質的に存在する。それはすなわち、予見した道義的義務に対する自由な、自己答責的な意思決定として存在する」かくして「真の責任刑法とは、人間の自由意思を基礎として成りたち得る」ということが確認される、<sup>(14)</sup>というのである。

最近のわが国における意思自由論が、もっぱら、実践的意図に立脚しているものであることは、さきに指摘したとおりである。しかるに、アルツール・カウフマンの自由意思論は、おもに、人間存在の実質的内容、客観的道徳秩序の構想、実質責任の問題を、形而上学的な視点から解明した結論として、自由意思が問題とされたのであった。しかし、このような方法は、結局、過去の非決定論への逆戻りを意味する以外の何者でもないであろう。

また、フォン・ウェーバーは、自由意思を論じて次のように説いている。

「意思が素質と環境によって絶対的に決定されているものならば、そのときには、行為の回避可能性を認める意味がない。あらゆる意思にもとづく行為は、そのばあい必然的に発生することになるからである。従って善とか悪の行為という評価は不可能になる。……唯物論的実証主義の思考方法の影響のもとに、刑法の改正が問題とされてきた。

それは、様々な点で現行法に影響してきている。けれどもそこでも、原則的には、自由意思の観念および、同時に、倫理的な刑罰概念が主張されている。そこでは、人格的な答責的意識が強く現われている。今日では、実証主義的哲



学の立場は克服されてきた。精神活動に対して自然法則的カテゴリーを持ち込むことは、あやまっている。人間の行為に対する素質と環境が非常に決定的影響を持つということは、ここで解決する必要がない。人間の自由意思のポスチュレートは、今日、徐徐に、自然科学によって承認されてきている<sup>(15)</sup>。

ここにおいても、われわれは、意思自由論の限界と運命を端的に予想することができるようと思われる。

以上、わたくしは、意思自由論の立場から、実践的性格を刑事責任に付加ないし維持しようとされる団藤教授及び中山助教授の見解を検討し、さらに、ドイツにおける若干の所見を紹介してきたわけであるが、結局、刑事責任の根拠として、自由意思を認めようとする見解は、依然として、形而上学的なものであり、さもなければ、擬制論に落ち着かざるを得ないということになった。あたかも、古典刑法学で確立された期待可能性の理論が、その標準において、個人標準説から平均人標準説に移らざるを得なかったのと平行して、意思の自由は、一種のポスチュレートとしての意義しか持ち得なくなっているものと考ええる。

- (1) Birkmeyer, a. a. O., S. 67.
- (2) もっとも非決定論という概念がいつ頃から用いられたか、またその内容がいかなるものであるかは必ずしも明らかとは云えない。
- (3) Birkmeyer, a. a. O., S. 110.
- (4) R. Frank, Strafgesetzbuch, 18. Aufl, 1931, S. 147.
- (5) 団藤・前掲論文。
- (6) von Weber, Grundriss des deutschen Strafrechts, S. 107.
- (7) 平野教授は、団藤教授の所論を一貫して論駁されている。「人格責任と行為責任」刑法講座(3)一頁以下、参照。
- (8) 団藤前掲論文・二三四頁。
- (9) 伝統的立場から出発して、自由意思の問題を回避する学者も多くは、そのような立場にある。特に Ann. M. E. Mayer, a. a. O., S. 100.

意思自由の問題は刑法学上必要か(一)

- (10) 中山・前掲論文(論叢)。
- (11) Mezer, Studienbuch, Bd I, 9. Aufl. 1960, S. 137.
- (12) もっとも中山助教授は、部分的に決定論に賛成しておられる。ただ、特に道義的説得性を刑罰や非難が持たなければならぬとすれば、やはり自由意思を前提とするものと云えよう。
- (13) 団藤教授は、自由を認めるとは、実践的な問題だとされておられる。そうだとすればその実践的意義を明らかにして欲しいものである。
- (14) Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, 1961, SS. 127~130.
- (15) von Weber, a. a. O., SS. 107~108.

#### 四 いわゆる「やわらかな決定論」批判

近代の理論刑法学が社会的妥当性を持ち得ないものとして、新たな実践性を持ち込む企図のもとに誕生したのが近代学派であることは、先にも指摘したとおりである。そうして、その方法論的基礎が、実証主義的、機械論的、唯物論的世界観に存したことは、よく知られているところである。この立場からは、必然的に、人間の精神活動をも、自然科学的な因果法則の中に引き込んで解明しようとすることになるから、無原因、非決定的に作用する意思の自由は、単なる幻想に過ぎない、という結論に帰著する。その結果、個々の行為について道義的責任を問う所以は存在しないから、責任を非難性として把握することは、不可能であるということになる。しかし、因果的決定論に立脚すれば、犯罪者の犯罪反覆の危険性を持つ性格に対して、社会を防衛するために、国家に働きかけることが可能であり、それが保安刑ないし改善刑となって現われるわけである。

犯人の危険な性格が、素質と環境によって、いわば、外部的に決定されるものとすれば、その要因となっている条

件を科学的に探求し、それに対して、一定の条件設定をなせば、犯人の危険な性格を除去することができる、ということに、この立場の基本的な実践性を認めることができる。心理学、生物学、社会学を基礎として經驗科学的に人間の意思を把握しようとするときに、ここでは、必然的に法則化が要請されることから、宿命的に、すなわち、一定の条件下では、かならず、一定の性格ないし意思が形成されるということになる。もしかかる因果律が導きだされるとするならば、病気に対する治療と同様に最も効果的な社会防衛がなし得ることは、あきらかである。新派のオーソドックスな理論は、まことに、このようなものであったのである。<sup>(1)</sup>このような因果論的、宿命的決定論は、しかしながら、その後、規範的責任論と結合することによって、因果論的に構成された性格にも、なお、他行為の期待可能性を認めることができる立場から、それを基準として、性格の危険、反社会性を擬制する方向へと進んだとき、もはや、そこでは、人間の意思が決定されているかどうかという問題は、刑事責任を確定するばあいに本質的意義を有し得なくなった<sup>(2)</sup>(この問題は、第五節で詳しく扱かう予定である)。

このような因果論的決定論を、そのまま刑事責任の根拠とする考え方は、今日では、一般的に克服されたものといつてよい。すなわち、人間の意思は、心理的・生物学的な自然的原因によって決定されるが、全く自然法則のもとにあるのではなく、歴史的・文化的なものによる拘束性を認めようとするのである。<sup>(3)</sup>その最も典型的なものとして、ウェルツェルの見解を聞くことにしよう。

ウェルツェルは、意思自由の問題について、三つの側面から検討されるべきものとしている。<sup>(4)</sup>その第一は、人類学的側面であり、その二は、生物学的側面である。彼によれば、人間は、自然的存在としては不適格であるがゆえに、その環境を克服し、生存のために必要な諸条件を、自己の目的活動によって、取得し、完全なものとする。したがっ

て人間と動物の本質的相違は、動物が本能的衝動によって容易に環境に順応し得るのに対し、人間は、多様な行為形式によって自然的条件を克服しなければならないところにある。<sup>(5)</sup>そこでは、努力によって蓄積された規律、とくに自己規制が生活の軸とならなければならない。「人間は、ある一時的衝動を持続しなければならないし、また他の時を撰ぶか、それとも停止するかしなければならぬ。……かかる操縦活動は、意思の機能に属し、また、人格の連続性、自我の統一性を構成するのも意思である」だから、人間の存在の本質は、人間が意思作用・自我規制を有していることにあり、そこに、本能的生活の前提として合目的有機体を有つ動物と区別される生物学の特性があることを指摘する。このような観点からは、当然、さきの因果論的決定論とは、対決せざるを得ない。なぜなら、実証主義的人間観によれば、人間の意思形成は、環境と人格の関係について、自然的・盲目的関係から生来すると考えているからである。ところが、ウェルツェルは、人間の生物学的特質として、意思の作用による自然の意味的変更を主張しているのであるから。<sup>(6)</sup>

では、ウェルツェルは、非決定論を主張したのであろうか。

自然への適合が人間存在の必須要件であるかぎり、意思と当為とは不可分の関係に立脚せねばならない、すなわち人間の意思は、意味・価値・規律へと必然的に向わざるを得ないのである。人格層における自我規制の機能は、本能的衝動を、かかるものに向けるのである。このように、意味的決定を前提とするかぎり、同時にまた、相対的意思自由論にも対決せざるを得ないことになる。こうして、彼の範疇的側面が明らかにされる。

意思の自由とは、合理的に自己決定をなし得る能力である。それは「盲目的な、意味に関係のない因果強制から、意味に適合した自己決定への自由を意味する」。では不自由とは何か。「悪しき意思は価値に反する衝動に因果的に依

存するものであり、そのかぎりにおいて不自由な意思である<sup>(7)</sup>。かくして、責任の内容が明らかになる。「責任とは、なにごとに意味に適ったものであるかを決定しうる主体が意味に適った自己決定をしないことである」<sup>(8)</sup>。

このように説明されるウェルツェルの所説を決定論とみるか非決定論とみるかは、問題の存するところであり、現に、非決定論である、としている学者も見られる<sup>(9)</sup>。そこで、論旨をすすめる都合上、若干、この点にふれておくことにしたい。

人間の意思が決定されているというばあい、それを法則性の支配下にあるもの、<sup>(10)</sup> といつてよいであろう。従来は、自然科学の基礎となった因果法則に人間の意思が支配されていると考えたのであった。ところが、意味、価値、規律へと向かう自由のみ人間の意思は持ち得る、とするばあい、それは、法則性の支配を受けないといえるであろうか。まず、意味への自由<sup>(11)</sup> ということは、一種の論理矛盾である。もし自由<sup>(12)</sup> といふのであれば、意味からの自由を認めなければならないであろう。人間の人格層における自我規制が価値へと常に向かう、とするならば、それはやはり法則性の支配下にある、<sup>(11)</sup> といつてよいと思われる。現に、文化哲学、歴史哲学等では、それを歴史的因果律と解して、法則性の範疇に属させているのである。このようにして、ウェルツェルの意思自由に対する立場は、結局、決定論であるといえるであろう。

ところで、ウェルツェルが、意味的決定に対して人間は自由を有するとし、「責任は、悪事のための意味に適った決意ではなく、価値に反した衝動に関係し、それに依存することであるとするとき、意思の統制は、深層における衝動に依存することになるが故に、むしろ、因果論的な原因に規制されているといえるから、責任を非難性として把握することは、困難であるものといえよう」<sup>(12)</sup> (もつとも、人格責任と解するならば問題は別である)。

では、犯罪もまた意味に従った統制によるといえないであろうか。そういうのは、エンギツシュである。<sup>(13)</sup>彼もまた、ウエルツェルとほぼ同様の思考過程を経ながら、犯罪も意味に従った規制にもとづくものであり、良き意思も悪い意思も、意味に従って統制しうるものであって、その点では、意味決定が行なわれているから、それに対する非難を向けることができる、いうのである。だが問題は、ここで使用されている意味とか価値の概念である。すなわち、歴史的、社会的な価値と、個人的、主観的価値のどちらに対しても意味支配が可能だとするならば、それは、もはや決定論とはいえないのであって、エンギツシュの主張に反する。結局、優越的価値に決定されていることになる。

人間の意思が因果的決定と意味的決定の二重の層の上に成り立つとしても、なお、責任非難を根拠づけることは、不可能であるようにおもわれる。そこで、平野教授が決定論の立場からは、責任非難に新たな内容を盛るべきであると主張されたことは、理由あることといえよう。

さて、右にやや冗長と思われても仕方ないような説明を施したのは、それが、これから検討しようとする平野教授の「やわらかな決定論」と基本的には合致するものと思われるからである。そこで、以下にやや詳細に所論を検討し、併せて、最近の決定論の見解の方向を確かめてみよう。

教授は、まず、宿命論的決定論を否定したうえで「第一は、人間の行為に『法則性』があるか」「第二に『自由』とは何か」「第三に『責任』とは何か」という問題を検討したうえで、その結論として「やわらかな決定論」を自己の主張とされる。教授はいう。

まず意思の法則性について「われわれが問題とするに足るのは、具体的なある事象によって決定されているか、ということである。このような具体的な法則性は……かなりの程度にその法則性が証明されてきた」そこで問題は「意

思的行為は予測できるか、意思的行為には法則があるか」ということになるが決定論は、次の命題をすべて承認する。「1、行為と、動因、性格および環境とをむすびつける法則が存在する。2、動因と、性格および環境とをむすびつける法則が存在する。3、(a) 動因、性格、環境とこれに先行する事情との間に法則が存在する。(b) 性格、環境とこれに先行する事情との間に法則が存在する。」

では、自由とは何か。「人間が自由であるか、自由でないかは、決定されているか決定されていないかにあるのではない。それは『何によって』決定されているかによるのである。刑法のばあい刑罰によって決定されうることが自由なのである。」

では、責任とは何か。「責任とは、誰を非難すべきであるか、誰を処罰すべきであるか、という実践的な問題である。……非難や刑罰は、この意味で、将来にむかって加えられるのであり、過去にむかって加えられるものではない。」そこで行為が人格と環境の相互作用の必然的な結果として生ずるものだとすれば、環境が異常でなければ、同じ行為の反覆をさけるために、強く人格にはたらしきかける必要がある。こうして、原則としては行為が人格相当であるほど責任が重くなるとされ、それをもって性格論的責任論だとし、責任は、発展的展望的でなければならぬ、と主張する。<sup>(14)</sup>

このように要約し得る平野教授の見解は、何よりもまず、刑法理論学実践的問題を持ちこもうとしたところに、発想の基礎的モチーフがあるといえるであろう。すなわち「人間の意思のもつ法則性を利用して将来行為者および一般人に同じような事態がおこった場合、こんどは犯罪が行なわれないように新たな『条件づけ』を行なおうとする」ものとして、刑罰および責任を実践的に理解しようとするのである。これは、明らかに近代学派の方向と軌を一にす

るものである。その際、平野教授は、近代学派の責任観を排除し、責任を非難性として把握するのである。その点、伝統的な責任概念をも足場においていることが確認される。

では、ここにいわゆる「やわらかな決定論」は、はたして成功したといえるであろうか。

人間の意思が法則性のもとにあるかどうかということは、人間の意思が自由であるかどうかということと同じように、経験科学の領域では、まだ確認されていない<sup>(15)</sup>。もちろん、心理学、社会学、精神分析学の発達によってある程度の意思の法則性は、明らかになりつつある、ということは認めてよいであろう。しかし、ウェルツェルが意味とか価値によって人間の意思が決定されるといい、平野教授が刑罰によって決定されるときに自由があるというばあい、あまりにも、その決定の契機が無内容ではなからうか<sup>(16)</sup>。創造的意思ということがいわれる。木村博士が、「自然科学的決定論だけではなく歴史的決定論を認める」立場から「決定論の人間的意思是自然科学的、従って、生物学的・心理学的な因果の法則に支配せられるが、同時に歴史的因果性の下に立ち歴史的・社会的・社会的具体的事情によって決定せられたが、その原因と異なったところの新たな結果を創り出す創造的意思でもある」とされ、遺伝、環境、社会的・歴史的状況の下に決定されながら「その限度において自由に従って、「常にある程度の法則からの自由を有する」としているのは、いわゆる「やわらかな決定論」の矛盾を自から吐露したものといえるであろう<sup>(17)</sup>。従って、やわらかな決定論それ自体非決定論的にも理解し得る面があるのである。その点、単に法則性の存在を主張するだけでなく、さらに決定される要因それ自体の分析が要請されるべきであろう。

第二は、とりわけ責任の実質に関してである。ここに展開される平野教授の責任構造は、かってメツガーがその「刑法教科書」で展開した性格論的責任観と同巧異曲であり<sup>(18)</sup>、その点では、不破博士の体系とも合致するものである<sup>(19)</sup>。



その際、メツガー、不破博士は、少なくとも、基本的には道義的責任を基礎に置いていたのであった。ところが、平野教授は、決定論に立って責任を将来への条件づけとして把握するから、その意味では、責任を非難として構成する理由が存在しない、といわなければならない。けだし、非難は、現に存在し、且つ存在したものに對する否定的価値判断だからである。もっとも、非難それ自体は、なにも過去のみにかかわる問題でなく、常に将来へとむすびついていくことは、道徳的責任においてさえ認められるのであって、非難を将来への条件づけとみること自体に疑問があるわけではないが、過去を遮断した非難ということは、無内容のものである。<sup>(20)</sup>

第三に、かりに、一步譲って、先の命題を承認したとしても、平野教授の当初の意図が刑罰の機能化にある以上、無限の原因によって生来した犯罪人に対する処遇も当然無限に考えられることになり、もし、そうしないのならば、結局、条件づけの効果は發揮し得ないことになる。<sup>(21)</sup> また、一定の条件づけによって効果を發揮させるためには、因果法則が明確に把握されなければならない。単に、法則性が存在するとしても、実践的意義を承認することはできない。このようにして、いわゆる「やわらかな決定論」は、それ自体、哲学上の帰結ではあろうけれども、現代の刑法学においては、宿命論が採用し得ないのと同様に、やはり否定されるべきものと考えられる。かくしてわれわれは、この立場をも刑法上採用しがたいという結論に帰着したのである。

以上、最近の「やわらかな決定論」の主張の要点を検討してみたのであるが、それによると、この立場は、責任を非難性として把握するところに近代学派と區別されるべき点をもつのであるが、決して責任を十分に根拠づけ得ないのだということになる。

では、意思自由の問題を回避する方向で責任を理由づけようとする見解は、どうであろうか。もう一度、検討して

みることにしたい。

- (1) Gustav Nass, Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens, 1963, S. 150.
- (2) Georgios A. Mangakis, Strafrechtsschuld und Willensfreiheit, ZStW. Bd. 75, S. 124.
- (3) Windelfand, Über Willensfreiheit, 1904.
- (4) Welzel, Das deutschen Strafrecht, 9 Aufl., SS. 128~135.
- (5) Welzel, Schuld und Persönlichkeit, ZstW. Bd. 60, S. 428-474.
- (6) Welzel, Das deutschen Strafrecht, 9 Aufl., S. 131.
- (7) Welzel, a. a. O., S. 134.
- (8) Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., 1961, S. 49.
- (9) 中山・前掲書七八―七九頁。
- (10) Russel, On the Notion of Cause, pp. 180~205.
- (11) Rickert, Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, 3. Aufl. 1921, S. 238 ff.
- (12) 福田・前掲論文・六二頁参照。
- (13) Engisch, a. a. O. S. 36.
- (14) 平野・前掲論文二三三頁以下。同、「人格責任と行為責任」(刑法講座③) 一頁以下。
- (15) Bockelmann, a. a. O., S. 385~387.
- (16) 木村・刑法総論・六一頁。
- (17) 木村博士は、このように述べながら、決定論、とくに歴史的決定論を主張されているが、それは自己矛盾の説をなすものといわなくてはならない。なお、平野・前掲論文・二三三頁、参照。
- (18) Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch 1931, S. 246 ff.
- (19) 不破・刑事責任論・三〇九頁。拙稿・「わが国における人格責任論の潮流」(同志社法学八十号) 七四〇七八頁参照。
- (20) 中山・前掲論文二七〇二八頁、井上・現代法①・二〇九頁、参照。
- (21) Bockelmann, a. a. O., S. 388, その点では、宿命論のばあいと同様な批判がなされるであろう。