

意思自由の問題は刑法学上必要か(二)完

——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、前号)
- 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、本号)

五 意思自由の問題を回避する方向

一。前節まで、わたくしは、最近の論議を通じて、決定論、非決定論のいずれの立場においても、厳密な意味での経験科学に依拠し得ないことを明らかにし、また、最近の決定論、非決定論のいずれもが、これまでのこの問題をめぐる議論に新らしいものを附加したわけではない、という結論に達した。そこで、その観点から、それぞれの立場が主張している実践性に疑問を提出したわけである。事態が右のような状況であるとすれば、問題は、意思自由の問題

意思自由の問題は刑法学上必要か(二)完(大谷)

が刑法学上必要かどうか、という点に帰着せざるを得なくなるであろう、と考える。

ところで、さきにも指摘しておいたように、期待可能性理論の発展と相俟つて、意思自由の問題を正面からとりあげることが、刑法上、余り重要なものでない、という傾向にあったことは明らかである。そのことは、主觀主義・客觀主義のいずれの立場においても、承認し得るところである。と同時に、このような帰結をもたらした、さらに重要な原因是、客觀主義といえども、新たな実践性を、刑法理論に導入せざるを得なかつたのであり、主觀主義もまた、現行刑法の制約を受けることによつて、伝統的な三分主義的理論体系を踏襲せざるを得なかつた、ことに求められる。そうして、そのような実践的視角が、責任論において、意思自由の問題を回避する傾向として現われたものと考えられる。

では、意思自由の問題を回避しようとする学問的努力は、はたして成功したといえるであろうか。

この傾向で積極的な立場を明らかにしたのは、ノワコウスキーである。⁽¹⁾

彼は、まず、意思自由の問題は、心理学的・経験科学的に考察されるべきでなく、存在論的に考察すべきであるとする。その観点からすると刑法は、意思自由の問題から独立しているということになる。このことは、非決定論の立場からのみならず、決定論の観点からでも責任を論ずることができる、ということにむすびつく。⁽²⁾ というのは、要するに、いずれの観点も、行為者に対する無価値判断を基礎づけることができるからである。もちろん、決定論、非決定論のいずれに立脚するかによつて責任の本質が異つたものになることは、彼も容認する。すなわち、非決定論の責任概念は、「適法な意思決定をなす可能性があるのに犯罪への意思決定をなした点で違法な意思決定がある」ということに、その本質を認めるのであるが、これに対して決定論は「行為者が通常人と同じように意思決定しなかつた、

「ところに違法な意思決定がある」という点にその本質を認めている。このように両派は異った定義の上に責任概念を認めているが、しかし、その実質においては、非決定論の責任内容は決定論のそれを含んでいるので、かなりの同一性を認めることができると彼は説くのである。⁽⁴⁾

だが、ノワコウスキイによれば、決定論的に構成された責任概念は、非決定論のそれに比較して、ある欠陥が認められるのである。では、決定論のマイナス面とは、一体、どこにあるのか。

彼に従がえば、決定論は、一般予防も特別予防をも、理論的に基礎づけることはできるが、応報の観念に基礎を与えることができない。なぜなら、応報刑は、当然に、個別的な他行行為の可能性を前提としなければならないからである。そこで彼は、もし、刑法から応報の観念を排除し得るならば、意思自由の問題に対しても、全く中立的に説明することができると主張する。すなわち、彼は、応報という観念が犯罪論にあるがゆえに意思自由の問題が論ぜられてきたのであるから、応報が刑法上排除し得るものであるならば、当然に、非決定論もまた排除し得うるということになるとされ、結局、応報の観念を排除するかぎり、刑法学は意思自由の問題から独立して構成することができるので、刑事責任を他行行為の可能性から基礎づければ、責任は非難であるともいえるし、環境と素質によつて決定された行為者に対する社会的平均からみた無価値判断である、ともいえるのであって、どちらも、刑法上、理論的に成立し得る観念である、というのである。⁽⁵⁾

右に要約したノワコウスキイの見解に対しても、G・A・マンガキスとともに、次のように批判することができるであろう。⁽⁶⁾

ノワコウスキイの見解が意思自由の問題を回避する企図のもとに唱道されたことは、明らかであるが、では、その

企図は十分に達成し得たであろうか。

まず彼は、決定論的責任概念と非決定論的なそれとを区別しつつ、前者は後者と比較してマイナス面を持つている、としながら、両者を形式論理的に責任という共通分母でくくっている。従って、彼は、両者の実質的な責任概念を全く無視している、といわなければならない。換言すれば、責任を非決定論的に把握するとき、「行為者が適法に行為し得たにかかわらず違法に行為をなした」ことに対する非難が責任であると考えられるし、決定論的に把握すれば、素質と環境によって決定された危険な性格に対する社会一般の無価値判断が責任である、ということになるので、実質的に全く内容を異なるものを共通の分母でくくること自体にその誤りがあるようと思われる。

たしかに、非決定論から応報の観念を排除すれば、決定論と同様の基準で責任概念を構成し得るかも知れない。しかし、もしそれが許されるとするならば、（一般予防の機能が決定論から論理的に認め得るかどうかは、一応論外として）最早、それは、決定論と何等異同はないのであって、意思自由の問題から独立に責任概念を構成し得るとする彼の出発点に矛盾するものと思われる。（この点では、メルケル等の見解と軌を一にするので、その帰結としての性格責任論も意思決定論の範疇に属するものと考える）。

二。ところで、右のノワコウスキューの見解が、もっぱら行為者に対する無価値判断という点に責任概念の実質を求めるこことによって、意思自由の問題を回避しようとしたのに対し、責任を非難として把握しながらそれを他行行為の可能性を基礎として説明し、意思自由の問題を回避しようとする立場があることは、よく知られているところである。そこで、次にその考え方の焦点を当てながら、その妥当性を検討してみることにしたい。

ノワコウスキューは、刑事責任の根拠として、存在と行為の間に介在する矛盾を、どのように統一化するかが、重要

であるとした。その際、彼は、経験世界を分析して、その中の現象は、因果法則の支配下にすべて属するがゆえに、人間の意思も因果法則と充足理由との関係に立つという立場を明らかにした。こうして彼は、決定論の立場を前提にしながら、他方、当為、すなわち法は、自由意思を前提とし、その自由意思に向って命令を発すると説く。そうだとすれば、犯罪＝責任＝刑罰は、自由意思と因果法則との矛盾を含んで成立することになるから、従つて、この相反する命題を統一する方向でのみ理論的解決が可能となる。それで、コールラウシュは、この矛盾の止揚は、規範に従つて行為する能力を個別的にではなく、一般的に理解することによってのみ可能である、と考えた。すなわち、国家は責任能力者であるかぎり、適法なる行為の能力を有するものとして擬制するのであって、そのばあい、個別的な行為能力を予定することは、国家的に必要な擬制（staatnotwendige Fiction）として認められる。そして、その擬制から、非難性としての責任が生ずるということに帰着する。⁽⁷⁾」のように彼の所論は、擬制論を軸として展開されるのである。

右に要約したように、彼の見解は、存在の領域と当為の領域を区別し、人間の意思決定については、因果的決定論の見地によりながら、法規範の論理的的前提として意思自由論を容認しようとするのであるから、その点では、彼の擬制論は許容しがたい矛盾を内包しているものといわなければならない。というのは、たしかに、意思自由の問題は、その実証性をもたず、従がつて、究極的には擬制論に到達せざるを得ないものであろうが、存在の領域と当為の領域が、かように全く相反する原理によつて支配されているとするならば、なぜに一方の原理が他の原理の存在を擬制し得るのか、明確になり得ないものと考えられるのである。

そこで、右の矛盾を解決しようとするのは、メッガーである。

メッガーはいう。決定論か非決定論か、という問題においては、われわれは、理論的なポスチュレートと実際的な

ポスチュレートとの間にある争いに直面している。⁽⁸⁾ というのは、決定論においては、われわれの思惟は、客観的な現象を一定の決定された状況において認識するに過ぎないから、認識論的に決定されている、という前提が妥当することは争いがない。けれども、認識論的決定論の立場によつても、認識がたえず現実を支配し、従つて、常に、それによつて決定されている、ということは意味しない。そこで因果性の範疇と並んで、任意性の範疇が認められないかどうか、ということが問題となる。というのは、人間の精神的活動を検討してみると、単なる因果的解釈によつてではなしに、意味連関についての把握、すなわち「諒解」(Verstehen)によつてのみ、それは明らかとなるからである。「諒解」によつて、人間の精神的活動が機械論的因果関係にもどいでいるのではなく、意図的に価値に向つて活動することができるるのである。その意味で人間の精神活動は、任意であるともいえるし創造的なものともいえるのであって、因果論的・心理学的決定論では説明し得ないものがある。⁽⁹⁾

このような前提に立ちながら、メツガーハーは、しかし、かかる任意性は、現実に因果論的な認識範疇に属していないから、单なる仮説として承認する他はなく、結局、「刑事責任は、倫理的なものでなく、法的非難を意味するがゆえに、具体的な行為者の個別的な他行行為とは関連する必要がなく、通常人の経験的に認め得る可能性、すなわち一般的可能性の上に基礎づけられる」としたのであった。⁽¹⁰⁾

では、この立場から意思自由の問題を回避し得たであろうか。

右の見解は、一定の法的觀点に立脚して、刑事責任を、通常人の一般的可能性から引きだし、その限りにおいて、意思自由の問題と刑事責任（非難性）とは無関係だとしたのであった。ところで、いわゆる期待可能性の標準に関する平均人説の立場は、実は、このばかりでも二つの立場によつて、それぞれ異った形式を生みだすことができる

ある。すなわち、第一に、同一の行為事情があれば、通常人は、適法行為の選択が可能であるという形式で理解することもできれば、第二に通常人は、一定の状況では、常に同一行為に出るべく決定されている、という形式で理解することも可能なのである。こうみると、前者は非決定論的であり、後者は決定論に立脚している、といえるであろう。」のように、通常人の一般的可能性 (das generelle Können des Durchschnittsmenschen) という観念は、決定論的にも非決定論的にも理解し得るので、その限りでは、意思自由の問題を、たくみに、回避しているといえるであろう。

だが、このように理解したとしても、なお、通常人の一般的可能性の上に構成される責任概念は意思自由の問題から独立しているわけではない、というのは、G・A・マンガキスである。「通常人の可能性が、二つの形式で理解されることが可能であり、しかも、その考察形式によって異った責任概念に到るとすれば、そのばあい、刑法は、そのいずれを選ぶか、そして、意思自由の問題にどう対処するかということを必要とする」、⁽¹¹⁾ このようにマンガキスはいうのである。

たしかに、責任を非難または、非難可能性として把握しながら、道義的責任と性格責任を、一般的な可能性という観念で犯罪論上統一し得るとしたことは、それなりに意義のあるものであろう。その際用いられる非難の観念もまた、従つて、形式論理的な無内容の観念で止まることが期待されたのであった。それが即ち、「行為者に対する無価値判断」に他ならない。ところが、価値判断そのものは、判断の基準によつて制約されるものである。決定論、非決定論の価値基準は、それぞれ全く異質のものであるし、また、その刑罰目的も異つた内容を持つ筈である。それを行為者に対する無価値判断という形式で両者を併合することは、到底、不可能であるといわなければならぬ。結局、「非

難性」とか「無価値判断」という観念に実質的内容をもり込もうとすれば、ひるがえって、決定論か非決定論か、というテーマに帰ることが、要請されるであろうと考える。

ところで、非決定論から出発したばあい、期待可能性の標準に関する平均人説の理論的根拠は、あきらかに、通常人において一般に他行行為が可能である、と判断されるならば、意思の自由が認められる、いいかえれば、一般的な他行行為の可能性は、自由意思の認識手段である、という点に存する。また、決定論的立場によれば、平均的人間であれば、適法行為に出るべく決定されているのに、違法行為に出た点で、その行為者の反社会性を認識する手段とされるわけである。ところが、いずれの立場においても、その妥当性をうらづける実証的根拠がないものといわなければならぬ。結局、両説とも、意思自由の問題は、世界観の問題であり、実証し得ないという前提のもとに展開されたと評することができるであろう。⁽¹²⁾

三。以上、簡単に、意思自由の問題を回避して責任を構成しようとする立場を検討してみたわけであるが、これらのはずれも、決して、意思自由の問題と無関係に責任概念を構成するわけではなく、その基礎には、どちらかの立場が必然的に容認されていたのであつた。そうして、われわれの人間観、世界観が、決定論、非決定論のいずれかに依拠している以上、一種のヒポテーゼとして、どちらかの立場をふまえて理論構成しなければならないことは、もはや、必然的要請として認められるであろう。

事態が右のような状況であるとすれば、意思自由の問題を経験科学的に把握することでなく、経験科学によって明らかにされた真理を基礎としながら、法的範疇の論理に従つて、右のいずれのヒポテーゼに従がうか、という点に重点が移されるべきであると考える。

しかしながら、われわれの経験的世界において、仮設として容認されている決定論、非決定論の二つの前提が、今日の科学において立証不可能であるとすれば、そのどちらかを二者択一的に選択して、そのいずれか一方のみを基礎観念として犯罪理論の体系を構築することも妥当でないのではないか、とするのはボッケルマンである。⁽¹³⁾そこで、しばらく、彼の見解を要約しておくことにしよう。

彼はまず、帰責能力の分析から出発し、それが必らずしも、意思自由論に依拠するものではなく、要するに、法秩序がその命令を一般的に期待し得るグループ、が責任能力者であり、その実質は「意味に完全に従がう能力」であるという前提に立つ。結局、「人間は、大多数の者が行為するように、すなわち、法の禁止も含めて共同社会の生活原則が、人間の意思に拘束を及ぼし得ると期待されている」のであって、それが、すなわち、通常人なのである。⁽¹⁴⁾かかる通常人が意思の自由を持つているかどうかは、閑知するところではない。なぜなら、意思自由とは、選択の自由、可能性を意味するが、ある選択・決定が実際上任意であるということは、無原因に生ずることを意味するから、結局、因果の決定者でもないことになる。そうだとすれば「それが汝の行為だ」となし得る原因者が存在しなくなり、結局、責任非難の対象はなくなってしまう、として意思自由論を否定するのである。⁽¹⁵⁾だが「責任が自由の前提の上に成り立ち得ないとすることが正当であるならば、それが不自由の前提においても基礎づけられない」ということも、全く正当である。決定論がよってもって立脚する因果一元論の前提是、立証不可能であり、かりにある行為が必然的に実行されたとして、その前提となつた因果的要因の複合した全体を端的に把握し、それにもとづいて、再社会化の処分を図る、ということは、自由な意思が幻想であるのと同様、單なる幻想以外の何者でもない……。

「結局、自由の問題は解決し得ない、ということになる。自由か不自由かということは、どちらも証明可能なもの

ではなく、自由の観念も不自由の観念も、不合理を忍ぶことなしには結論を出せないということになる」。

では、ボッケルマンは、意思自由の問題を回避しようというのであろうか。

M・E・マイヤーが「人間は非決定論へと決定されている」といったことは、先にも指摘した。その意味は、要するに、人間には、責任の観念があり、責任というものを肯定する以上、自由な意思是、道義的確信として容認されている、ということであろう。そうしてボッケルマンもまた、このテーマを認めながら、同様な意味で人間は「決定論へと決定されている」(Zum Determinismus determiniert)と主張する。けだし人間は、自己の行動を因果論的に説明し、また適用したく考えているからである。⁽¹⁷⁾

ボッケルマンは、このように、一種のポスチュレートとして、人間の意思決定に關し、決定論、非決定論の両者を予定している。これは明らかに不合理のように見える。しかしながら、法自体が、そのいずれに立脚するのかの態度を明確にしていないのみならず、決定論、非決定論がヒポテーゼとして止まる限り、両者を併呑した形で、立論する方向を採らざるを得ないのである。彼の立論は、その意味で、さきのノワコウスキーやメツガーと區別されるべき特質がある、といえるであろう。そうして、かかる立論は、やがて、この問題について稔り多い成果を約束し得るものであろうと考えられる。

彼はいう。「刑法典の立法者の正しい解決は、純粹に予防処分の考慮において、しかもそれを責任刑の範囲内に立脚せしめる」必要がある。だが、責任刑の理念は、道徳的な——パリサイ的責任概念ではなく、その効用において承認されるものでなければならない。というのは、結局、自己の行為についての責任感情を喚起することを放棄して、いかなる再社会化も考えられないからである。改善的治療は、結局、失敗せざるを得ない。医者や矯正官をその証人

として申請したいくらいだ」とボッケルマンはいう。再社会化とは、行為者に対し、責任を意識させることを前提とすべきであり、それは、過去に属する事実と、将来の責任への可能性を命ずることを意味する。⁽¹⁸⁾ 責任刑の観念を刑法から放逐するのは妥当でない。さて、このようなボッケルマンの見解は、われわれが本節で検討してきた、意思自由の問題を回避する学問的傾向にあることは疑いがない。その際、彼は、一方のヒボテーゼにのみ立脚するのではなく両者を前提として、それによって実践的方向を選ぶ態度を示している。わたくしも、意思自由の問題が、結局、立証不可能であり、しかも、われわれの観念に、二つのものが矛盾して存在している以上、それを妥協せしめて理論構成を企てるためには、この方向が、最も正しいものである、と考えるのである。

さて、これまで三節に亘って、やや冗長とも思われる検討をしてきたわけであるが、最後に、この問題に対するわたくしなりの結論を示しておきたいと考える。そこでは、人格責任論において、意思自由の問題がいかに扱かれるべきか、となるべくが検討される筈である。

- (1) Nowakowski, Freiheit, Schuld, Vergeltung, Rittler-Festschrift, 1957, S. 59 ff.
- (2) a. a. O., S. 56, 60.
- (3) a. a. O., S. 70~71.
- (4) a. a. O., S. 60.
- (5) a. a. O., S. 64.
- (6) G. A. Mangakis, Strafrechtsschuld und Willensfreiheit, ZStW, 75, S. 130-131.
- (7) Kohlrausch, Sollen und Können als Grundlage der Strafrechtlichen Zurechnung, Festschrift für Guterbock, 1910, S. 24 ff.
佐伯・「刑罰における期待と能性の問題」
（佐伯・「刑罰における期待と能性の問題」）
- (8) Mezger, Über Willensfreiheit, S. 11., Strafrecht (Kurz-Lehrbücher) 8 Aufl., S. 135. (なおメツガーには重要な理論的変遷が認

おひねり、しかも、本稿では、その検討を省く。)

- (9) Mezger, Über Willensfreiheit, S. 11, 13, 25, 27.
- (10) Mezger, Strafrecht, S. 136-137.
- (11) Mangakis, a. a. O., S. 127.
- (12) a. a. O., S. 135; Arthur Kaufmann, a. a. O., S. 228.
- (13) Bockelmann, Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW, Bd. 75, S. 372 ff.
- (14) a. a. O., S. 377.
- (15) a. a. O., S. 385.
- (16) a. a. O., S. 387.
- (17) a. a. O., S. 388.
- (18) a. a. O., S. 389.

六 人格責任論と意思の自由

一。右に折々に述べたのであるが、わたくしは、刑法上、決定論、非決定論は、いずれもヒポテーゼとして存在し得るのであって、その意味で、二者択一的に、厳密にいづれか一方の立場によって理論構成を企てるには妥当でないよう考へる。

では、わたくしの立場からこれらのヒポテーゼは、刑法理論の中で、どのように機能するのであるうか。

人間的存在は、社会における存在である。ところで、ここにいわゆる社会とは「自然的条件から導き出されると同時に価値に關係する世界」いいかえれば、文化世界を意味するのである。人間は、このように文化の生活領域《Le-

bensraum der Kultur》に存在しているわけである。さて、法的世界もまた文化の一領域であることは、当然のことである。あらゆる国民は、国家の構成員として、法的文化の領域に属しているのである。ウォルフも提唱するように、国民は、法を尊重し、法に従がうべく努力することによってのみ、法的人格者となり得るのであるし、それによつて法的文化の領域を積極的に形成し、法的な可能域《rechtliche Könnensphäre》を取得するのである。法ないし秩序を媒介として成り立ち得る社会は、その形成主体の法を尊重し、遵守する人格態度を基礎としてのみ成立し得る、といわなければならない。これのみが、法的文化への形成力の参加を可能ならしめるのである。このように、法規範の存立基盤は、法的人格、ないし合法的情操にあるのであって、「法を容認する意思情操の頽落」は、共同体の存立を危殆に瀕すが故に処罰の対象となるのである。⁽¹⁾

右に述べたように、法規範の存在構造を先驗的に分析することによつて、われわれは、それが、人間存在における非決定論的因素を予定していることに気付くであろう。なぜなら、そこでは、人間は素質、環境、教育等によつて、それぞれ異った人格を持つとはいえ、精神に異常が認められないかぎり、合法的情操を形成することが可能である、と予定されているからである。これは、やがて、責任を非難として把握する重要なモメンントを提供するはずである。ところで、人間の意思活動の面を考察してみることにしよう。その際、われわれが、特に注意しなければならないことは、行為における意思活動と、人格、いいかえれば「世界との交渉において、個人的傾向の基礎のうえに合成された基本的信念」ないし「内的傾向と立場」⁽²⁾を確立する意思作用とは区別して処理されなければならない、ということである。従来、行為と人格との関係を遮断して、意思自由論者は、意思に自由がある、と提唱してきたわけであるが、もはや、人格と行為ないし意思決定との相互関係は無視し得なくなっているものと考える。

では、意思決定と人格構造は、どのような有機的関連を有つか。

行為の意思決定は、われわれの経験に従えば、動機が第一に先行する。ところで、ここにいわゆる動機は、外在的因素が一定の人格に還元され、それによって価値づけられ、意味づけられたものである。動機は、人格を切り離して考えられない。第二に意思是、因果関係の認識を予定する。因果関係の認識は、単なる物理的連関でなく、意味的連関の認識を含む。われわれは、それを「諒解」と呼ぶのである。意味・価値は、客観的なものであるが、行為の意思決定に結びつくばあいは、主観的な人格における価値体系を媒介とする。人格は、認識をも制約する。第三に、決定、ないし選択そのものも、内的傾向に制約される。自己規制は、その行為者の内的傾向、価値体系における意味によって、決定されつつ、実現される。これは、動機も認識も、人格によって制約されることから、当然に生ずる帰結である。メッガーが「行為の人格相当性」⁽³⁾と称し、不破、井上、両教授が「行為は人格にうらうちされている」⁽⁴⁾としているのは、このことであろう。このようにして、意思是、人格の規制を受ける、ということができる。しかし、意思と人格との連関は、右に見たように意味的連関であるから、單なる因果論的決定ではなく、従つて、人格体系に規制されながら、それを超えて、(その点で)自由意思的に、意思決定がなされることも承認しなければならない。こう考へて、初めて、人格の向上、発展が期待しうるのである。しかし、この創造的意思といふことも、視点をかえて見れば、人格と意味を原因とするものであるから、その点では決定されているとも云えるであろう。

だが、犯罪行為において、その自由の契機に非難を向ける、という方向を、わたくしはとらない。その理由は、これまで度々指摘したように、創造的意思の領域が確認しがたいことは勿論のこと、それに向つて責任非難を向けること 자체、何等の実践的意義を持ち得ない、と考えるからである。

このような視点を選ぶと、もはや、行為責任・意思責任の観念は、当然、否定されなければならないであろう。そこで、わたくしは、責任を、次のように定義したのであつた。すなわち「責任の核心は、非難性を前提とした実質的概念でなければならない。法規範は『その妥当性において法的共同体構成員である人間に依存している』従つて『法肯定的意思情操の墮落は、法の墮落である』が故に、一般的・抽象的當為として法を遵守する人格態度を要求している。また、その具体的・個別的要求は、刑法各本条の個別的構成要件を設定している。このようにして、法規範の命令・禁止に反する反規範的人格態度すなわち法的情操の頽落こそ刑法規範にとって最大の関心事となる。それゆえ、責任非難は、反規範的人格態度に向けられる。⁽⁵⁾」

ところで佐伯教授も指摘しているように「責任非難とは、単に過去に属する事実につきその惹起者を責め苦しめるというだけの意味ではない筈」なのであるし、平野教授もいうように、責任とは実践的觀念なのであって、結局、責めを通して将来の規範意識の覺醒と改悛を期待するものである。その意味で、責任と刑罰は、かように原因に対する結果、目的に対する手段として相即不離の関係にあるわけである。そうだとすれば、法規範の論理的構造から、責任非難は、反規範的人格態度を否定的に非難しつつそれを通して行為者の頽落を是正し、社会的正常化を企図する、といふことに帰着する。

この考え方を進めていくと、いくつかの疑問が提出されるであろう。

第一は、意思自由との関係で、決定論にたつか非決定論にたつか、あいまいではないか、ということである。すでに指摘しておいたように、わたくしは、決定論、非決定論とも、ともに仮設として承認しうるので、どちらか一方の立場で刑法理論を樹立する必要はなく、また、かえつて不合理な結果に陥ることになる、と考えた。

では、決定論と非決定論は、同一のディメンジョンで併列的に認められるべきであろうか。行為が人格に密着して現実化されることは、認識論的にある程度まで実証されるであろう。行為の意思決定は、異常な行為環境さえなければ、人格によって制約されるといわなければならない。ウェルツェルが「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かかり、依存し、驅り立てられることである」つまり、意味的決定をしなかつたところに、責任非難を認めたのは、意思責任に立脚しながら決定論に従つて責任を構成したといえるのであって、結局、彼の責任観は、人格層における自己規制の機能に非難を向けるということになるのである。わたくしも、この立場が正しいと考えるのであるがこの場面でも、見方によつては創造的意思の介入するばあいがある、ともいえるので、決定論を認める理由が積極的にあるわけではなく、ただ、犯罪行為に行為者人格が集中的に現実化することが確認されることをもつて足りるのである。

では、行為に現実化された人格に対して、それが反規範的なものであるとして非難の対象になり得るのは、いかなる理由によるのか。人格が外来の経験的刺戟に対する継続的な反応の仕方を意味するとなれば、国家の刑罰は、これに向けて科せられるとき、最も効果的であり得る。そこで、平野教授は、責任を展望的に把握し、非難は、行動を統制するための手段であり、刑罰は、單なる条件づけを意味するに過ぎない、としたのは理由あるものと云うべきである。

しかし、この見解は、先にも触れたことだが、二重の意味で批判に曝されなければならないだろう。その第一は、責任を非難としてとらえるならば、何よりもまず、過去に属する事実について特定の行為者に帰属することが第一であり、それについての道義的な否定的価値判断を概念の核心とする。もつとも、法的言語をノミナルなものと考へる

ならば、それによつて指称されるものの実体が何であつても、さしつかえはないが、少なくとも、従来の観念では、かのような意味で、非難性という実体を示し得ないであろう。第二に、非難という観念は、もと応報的感情に由來するのであり、その意味では、たしかに不合理な、先驗的な道徳的価値判断である。右の平野教授、あるいは所助教授の主張⁽⁸⁾は、刑法を機能的に理解する点に特色があるが、われわれの社会生活において、このような一見不合理にみえる非難の感情が有効に作用しているという事實を無視して、単に展望的にのみ責任を理解しようとすることは、機能的視点においても問題のあるところ、と云えるであろう。

かくて、責任は、行為に現実化した反規範的人格態度に対する非難である、という立場によらざるを得ないが、そ
うだとすると、第一の疑問として非難は意思の自律性を根拠とするから、現にある人格に対して非難を向けるためには、過去の人格形成途上の自由意思を論ずる必要がある、ということになろう。これについては、さきの前提に戻り、法規範の論理的前提として、合法的情操を予定しているから、「他者存在の可能性」は、国家的に必要なものとして擬制を受けている、と答えられるであろう。ボッケルマンによれば「劣悪者も努力次第で善人になり得るし、善人も自からの意欲によつて劣悪者たり得ることは、社会生活の前提」なのであって、また、人格が素質・環境・創造的意
思の不可分的相互作用のもとに形成されるがゆえに、その中から自由の契機を引き出すことは不可能であるので、この立場から擬制論が有効な機能を發揮し得るように考える。⁽⁹⁾かくて、ヒポテーゼとしての非決定論は、人格形成の場面に当てはまるものと考える。

第二の疑問としては、おそらく、行為の意思決定においては、行為環境と人格によつて決定されるのに、なにゆえに「人格の自律性」を根拠として非難を向けるか、そこに矛盾はないか、ということであろう。たしかに一見矛

盾のように感ずるが、それには容易に反論できる。「其の行為者に対し決定的な瞬間に於いて、なお、他の行為を予期し得べしと為することは、……其れは全く他の人格を期待するに外ならない」⁽¹⁰⁾のであってそう理解して初めて人格に対する非難の契機を見出し得るのである。

第三に、責任能力者であるかぎり他者存在の可能性を擬制するとしたが、それでは限定責任能力者でも反規範的人格態度を示すばあいがあるが、これについても、人格的非難が向けられることになりはしないか、という反論が予想される。だが、これについても、簡単に再反論できる。このばあいは、法的 requirement を向けられる人格の相当性を部分的に欠くにすぎないのであるから、その限度で、やはり責任があるのである。

最後に、反規範的人格態度とか、法的情操の頽落という観念は、わかりにくい内容のものであって、従来から、必ずしも明確になつてゐるとはいえない。この点、さらに経験科学的な方法で開拓されねばならない。この點、さうして問題としているのは、性格責任論のいわゆる性格の危険性とは、区別されるべきものと考える。何故なら、ここで問題としているのは、法規範の論理的構造から規範的に構成し得る行為者概念であるから。従つて、その実質は結局、「規範的危険性」「規範に対する無関心」「法秩序を尊重しない意識、無意識の心構え」ということになろう。第二に、人格責任は行為に現実的意義を認めることによって、行為責任に帰着するというのが、わたくしの主張であった。そこで、人格責任論における行為の意義を改めて検討しておこう。

われわれの人間的評価は、倫理的世界においても、行為者自身の外形的な行為、または、態度によるのであり、従つて行為を除外した非難や称讃はあり得ないこと、刑事責任においても同じはずである。現に刑法は、行為威嚇を前提としているではないか。だから、法的情操の頽落は、行為者の内的生活を追求するが、それを認めるためには、そ

れを現実化する行為を必要とするのである。と同時に行為者の内的な悪への傾向は、意味的決定を媒介として、行為に現実化するのである。ボッケルマンが、行為は現実的、構成的意義を持つとしたのは、このことである。だが人格が潜在的なものから、犯罪行為という現実的なものに現われる、といったところで、それによつて、反規範的・人格態度を承認したことにはならない。この場面で問題となるのが人格責任論と期待可能性の問題との関連づけである。

さきにも指摘しておいたところであるが、特定の人が特定の行為環境で現に行なつた行為以外の行為をなし得るということの証明は不可能なのであつた。そうだとすると、責任を自由意思の前提のもとに非難性として把握する考え方には「袋小路」に入つてしまふ。わたくしは、期待可能性の理論は、結局、自由意思を擬制するか、あるいは、決定論に立脚する以外に意味を持ち得ないと考える。ところで他行行為の可能性は、行為の人格相当性を判断する要素である、とする考え方がある。行為は人格と行為環境によつて決定されるから環境が正常であれば、行為と人格は密接に関係する、ということになる。これだと偶発犯罪は人格相当性が濃厚に認められるから、責任は重い、従つて刑罰は重いということになる。これは、明らかに不合理である。

結局、他行行為の可能性は、行為者を横断的に把握し、その行為者の主観的・客観的附隨事情を類型的に構成して、行為動機、反対動機の両面に分別し、一般的角度から、経験的に行行為動機が反対動機を圧倒していれば、法的情操の頽落が認められない、ということになろう。しかし、ボッケルマンもいうように、単に可罰行為を実行するだけでなく「情操頽落にとって特徴的な行為」が問題なのであって、その限りにおいて、他行行為の可能性以外の要素が入り得るのである。

意思自由の問題は刑法学上必要か否か（大谷）

四六（六一八）

- (1) E. Wolf, Vom Wesen des Täters, SS., 8, 9, 14. 拙稿・人格責任論の準備的研究（同志社法学）七二四号、一一〇頁以下。
- (2) Welzel, Persönlichkeit und Schuld. ZStW. Bd., 60 S. 445.
- (3) Mezger, Lehrbuch, 1931, S. 275 ff.
- (4) 井上・刑法総則・一一八頁。
- (5) 拙稿・刑罰量定基準と人格責任論（同志社法学八一號）。
- (6) 佐伯・前掲書。
- (7) Welzel, a. a. O., S. 134.
- (8) 所・刑の量定基準（スナリスト二二三号）七一頁以下。
- (9) Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht Teil II, S. 134-135.
- (10) 不破・刑事責任論・七頁、参照。

六 む す び

これまでわたくしは、決定論、非決定論のいずれもが、経験科学的な実証性を持っているわけではないということ、同時に、われわれは、何等かの意味で、両者をヒポテーゼとして承認しているということを通じて、一応の試論を展開してみたのであった。もちろん、それは、単なる試論の域を出ないものであって、なお、多くの問題が、わからぬままに放置されている。

ところが、わたくしは、意思自由の問題は、結局、単なる仮設に属する問題であるがゆえに、それが刑法上意味づけをわれぬばあいは、刑法学をどのように構成するか、どう前提によって制約される、という視点を選んだわけである。やがて、実は、このじふ自体が論理的に矛盾しているともいえるであろう。けだし、意思自由の問題を解決

することが、理論刑法学の実践性を決するキー・ポイントであるはずだから。しかし、その矛盾も、結局は、仮設が法則化したときに解決されるものであろう。

そのような前提に即して、わたくしは、理論刑法学の実践的視角を確定することが、究極的に、意思自由の問題に対する態度を決定するものと考えた。そうして、結論として、従来、実践的要請がもっぱら刑事政策の問題とされたことに反発し、それを可能なかぎり、理論刑法学に反映させる方向を選ぶべきだと考えた。かくして、責任を実質的に構成することによって、責任が刑事政策の出発点であると考えるのである。

その際、わたくしは、責任非難を展望的にのみ把える方向を選ばない。責任を意識させることは、予防法の領域でさえ重要な機能を果すことを忘れてはならないのである。