

タイトル	責任 (2)
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究, 50(3・4): 547-574
発行日	2015-03-31

責 任 (2)

吉 田 敏 雄

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の経緯
 - B ドイツ語圏現代刑法学の状況
 - a ドイツ
 - b オーストリア
 - (4) 責任概念の歴史的・理論的発展——心理的責任概念から規範的責任概念へ
 - c スイス (以上第五〇巻第二号二〇一四四年)
 - C 日本における意思自由に関する学説
 - 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
 - f 評価
- 2 責任概念の歴史的・理論的発展——心理的責任概念から規範的責任概念へ

C 日本における意思自由に関する学説

a 木村亀二 日本では、牧野英一と並ぶ、近代学派の領袖の一人である木村亀二（一八九七—一九七二）が、第二次世界大戦後、その刑法理論の集大成である『刑法総論』（一九五九年）において意思自由の問題を論じた。自由意思とは、「具体的事情の下において一つの行為を意欲する代りに他の行為を意欲する可能性を有すること」、つまり、「選択の自由 (Wahlfreiheit) を意味する。したがって、自由意思は、「他の原因によって決定せられず、自己自ら、自己自身において決定するところの自発的意思である」⁽⁶⁵⁾。責任というのは、「意思が無原因であり、選択の自由を有し他の決意が可能 (Können) であるということではなく、他の決意をしなければならぬにしないこと、換言すると、当為 (Sollen) に反し、義務に違反する (pflichtwidrig) ということの中にあるのであるから、意思が無原因であり、他のものであり得るということは関係がなく、……自由意思を認めなければ責任を認めることが不可能であるとすると非決定論は、自由意思の概念における他の決意可能性という場合の『可能性』に含まれた事実的可能性 (Können) と規範的可能性 (Sollen) を混同したものである」⁽⁶⁶⁾。自由意思が決定されない意思だとすると、刑罰を加えることによる特別予防の効果も、刑罰を規定することによる一般予防効果も期待することができない。さらに、「刑罰によって、広報であれ、改善・教育であれ、その目的を達成することも不可能であり、……これに対して、科学的決定論の見地からは意思が因果的に決定されると解するが故に刑罰によってこれに影響を与えその目的を達成することが可能といわねばならない」⁽⁶⁷⁾。

木村は、科学的決定論は自然科学的決定論だけでなく歴史的決定論をも認めなければならぬとする。自然科学的決定論では、「事物の個性が抽象せられ人間意思も亦因果関係の通過点としての自然的メカニズムの一環たるにすぎないが、歴史的決定論では、「それぞれの個性を持った事物の繰り返すことのない一回的な因果関係が支配し、その因果関係において原因と結果は同一でなく異なるが故に、結果は原因に対して常に新しいものを創造すると解せられ、従って、人間的意思も亦歴史的に決定せられながら常に創造的に作用するものと理解される」⁽⁶⁸⁾。そして、「決定論の意思は経験的世界において遺伝と環境、社会的・歴史的状况の下に決定せられながら、自然法則に常に支配せられることなく、その限度において自由に、従って、因果関係を支配・統制しながら、歴史的・創造的に作用し得るところの意思」である。そして、「自然科学的決定論に従って常に自然法則に従って決定せられるとすると規範としての刑法を設定することは無意味であることはいうまでもないが、歴史的決定論に従って、意思がその個性によって自然法則の下に全面的に決定せられず、常にある程度の法則からの自由を有するとすれば、その意思は因果的に決定せられながらも規範に従って決定する可能性を有⁽⁷⁰⁾する。

b 團藤重光 次いで、尾高朝雄教授追悼論文集『自由の法理』（一九六三年）掲載の團藤重光の論文と平野龍一の論文がそれらの対照性の故に学界の注目を惹いた。團藤重光（一九一三—二〇一一）は次のように論ずる。人間の欲望・努力・選択が素質・環境によって完全に決定されつくしているものであれば、真の意味での自由はなく、したがって、真の意味での道徳的責任はありえない。「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。人格の現実化にあたっては、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殿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、かように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つてもよい。⁽⁷¹⁾「われわれの行為のすべてが生物学的な因果の過程としてとらえられるものであるが、それによって、われわれの行為が主体的・実践的なものでないことを実証したことはない。われわれは主体的な条件設定によって因果の系列にコントロールを加えることが可能である。その主体的・実践的なものといえども、素質・環境の大きなわくの制約のもとにあることは否定できないが、それが素質・環境によって決定されつくしているという証明はないのである」⁽⁷²⁾。「われわれは実践的な人間である。実践はコントロールを要素とする。そうして、コントロールということはコントロールされるものの面における因果的必然性とコントロールする面における自由との二つの契機から成り立つ。因果的必然性に支配されるものに対してでなければコントロールを加えるということはありえない。因果的必然性に支配されないものに対しては原因の設定によって変更を加えることは不可能のはずだからである。また、コントロールは当然にコントロールする主体を前提とする。コントロールの主体が完全に因果的必然性に支配されるものであれば、それは因果関係の過程そのものの単純な一環にほかならないことになり、コントロールの主体ではありえない。コントロールとは因果関係を支配することであり、コントロールの主体は、その限度では因果関係をこえるものでなければならぬ」⁽⁷³⁾。

この立論は、意思自由を存在論的・経験的に捉え、素質と環境によって制約を受けつつも、その制約の範囲内において人間の主体性を認め、したがって、その制約の範囲内において意思による選択の可能性を肯定するもので、一般に、**相対的非決定論**と呼ばれている。これを前提に、團藤は、責任について、「人格の主体性をみとめることにより道徳的責任をみとめ、また、ひいては刑法における道義的責任論を支持したいとおもう」⁽⁷⁴⁾と論じ、**人格責任論**を展開す

る。「人格形成が本人の主體的なコントロールによって影響された、あるいは影響されたかぎりにおいて、人格形成そのものについても——問題となつてゐる犯罪行為の背景をなすかぎりにおいて——責任をみとめるべきもの」である。

c 平野龍一 これに対して、平野龍一(一九二〇—二〇〇四)は、非決定論的な意思の自由を否定するとともに、宿命論的決定論(かたい決定論)も採用せず、その云うところの「やわらかな決定論」を展開する。平野は、人間の意欲が「法則」に従うということが強制されていることを意味せず、自由というのは強制されていないことを云い、法則性がないことを意味しないとして、人間の意思が法則に従うことを認めつつ、人間の意思に自由を認めることができる、責任ということも、法則性を認めるときに意味をもつという思考が基本的に妥当であるとした上で、精神ないし心理にも法則性を認めることができることから出立して、意思自由の問題を論ずる。「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。決定されていないことが自由だとするのは自由と偶然との混同である。自由であるかいは、『なにによつて』決定されているかによるのである」。「わたくし自身」のなかに「生理的な層」と「意味の層・規範心理の層」が存在し、後者によつて決定されているとき、「わたくし自身」によつて決定されている、つまり自由である。平野は、人間の意思や行為が決定されているにもかかわらず、責任を問うことができる理由について、以下のように論ずる。行為者につき、まったく同じ事態の下では、他行為可能性はないが、ただ、「もし『条件がちがつていたならば』他の行為をすることも可能であつた、とはいえるのである。もし、ちがつた動因をもつていたならば、より強い合法的な規範意識をもつていたならば、あるいはさらにさかのぼつて、ちがつた人格であつたならば、ちがつた環境であつたならば、他の行為がなされたであろうとはいえる」。(76) このよ

うな仮言的判断を下すのは、誰を非難すべきか、誰を処罰すべきかという実践的な問題だからである。非難や処罰は、『同じような事態がふたたびおこったときに、『かつて非難が加えられ、今度も加えられるであろう』という新たな条件がつけ加わることによって、同じ行為がなされることを防止しようとするものである。非難や処罰は、この意味で、将来に向かって加えられるのであり、単に過去に向かって加えられるものではない⁽⁴⁰⁾。行為が人格相当であるほど、責任が重くなることについて、**性格論的責任理論**を唱導する。「行為が人格と環境との相互作用の必然的な結果として生まれたものだとすると、環境が異常のものでないかぎり、その者または同じような人格をもつ者は、それだけ犯罪を行なう危険性が強い。そのような行為がなされないようにするために、より強く人格にはたらきかける必要があることになる。すなわち、原則として人格相当であるほど、いいかえると規範的な人格の層の『特質』に相当であればあるほど責任は重くなる。これが性格論的責任の理論ないし実質的行為責任の理論である⁽⁴¹⁾」。

d 福田平 團藤論文、平野論文に触発されて、福田平（*一九二三）は、「意味（価値）に決定された意思決定論」を主張する。その基本的思考はハンス・ヴェルツェル（一九〇四—一九七七）の理論を出立点とする。ヴェルツェルによると、従来の非決定論は、人間の意思活動がなものによっても規定されるべきでないことによつて、後の意思活動が、直接にも、また同一の主体を通じて、前の意思活動と結びつくことをできなくしている、つまり、責任のある主体を破壊している。「われわれは、ただ、多くの決定形式が層をなしていることを認識することによつて、はじめて、この問題の解決に近づくことができる。在来の決定論の欠陥は、決定形式はただ一つしかないということ——これは、近代の初めから、因果性において、つねにみとめられてきたところであるが——をみとめたこと、因果的一元論⁽⁴²⁾にある」。意思の自由とは、合理的に自己決定をなしうる能力である。それは、盲目的な、意味に関係のない

因果的強制から、意味に適合した自己決定への自由である。意思の自由は、——非決定論の考えるように——他の(すなわち、また、より悪い、ないしは背理の)行為をなしうる自由ではなくて、意味に適った行為をする自由である。したがって、自由とは、意味のあるものと無意味なもの、価値のあるものと無価値なものとを、任意に選択しうる可能性ではない(……)——このような根拠のない選択の自由をみとめることは、われわれを、ふたたび非決定論の迷路にみちびき、責任の主体を破壊するだけであろう。価値に反するものによって人間が規定されるかぎり、人間は、因果的な衝動(怒り、嫉妬、利欲、猜忌、所有欲、性欲等のような)の形態において決定され、しかも、そのかぎりでは、自由の活動も、入りこむ余地がまったくないのである。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。自由とは、状態ではなく、活動である。すなわち、意味に適った自己決定を、衝動の因果的強制から解放する活動である。責任現象は、その活動が欠けている点にもとづくものである。すなわち、責任とは、なにが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。したがって、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ざらい、駆り立てられることである⁽⁸³⁾。

福田は、因果的決定と意味的決定(価値的決定)という二つの層の決定形式を認め、人間の行為が因果的決定に服するものであり、人間がこの因果的法則を変更することはできないが、しかし、因果的決定を基礎としつつ、この盲目的な意味と無関係な因果的法則を意味に適った方向に統制しうるのであり、この能力を意思の自由というならば、意思は自由であるが、しかし、これは、意思が無原因であるという意味でなく、意思は意味(価値)に決定されているのであり、この意味では、意思は決定されていると論ずる⁽⁸⁴⁾。但し、福田は、ヴェルツェルによると、悪しき意思、

つまり、有責な意思は不自由な意思ということになり、犯罪行為は不自由な意思による行為となるが、この点に対するカール・エンギシュの批判⁽⁸⁵⁾、すなわち、犯罪もまた何らかの意味にしたがった意思によるものであり、その点では良い意思も悪い意思も違いがないという批判を受け入れ、犯罪もまた統制に基づくものであって、そのいわゆる悪しき意思もそのいわゆる良き意思も意味に適った統制をなしうるものであり、その意味で、意味（価値）によって決定されている、そして、この意味的決定の層に非難としての責任根拠が認められると論ずる⁽⁸⁶⁾。

e 中山研一 これらの諸説に対して、マルクス主義法学の見地から、責任の基礎に意思自由をおくのが中山研一（一九二七—二〇一一）である。中山は、エフゲニー・ブロニスラヴオヴィッチ・パシユカーニス（一八九一—一九三七）の理論に依拠する⁽⁸⁷⁾。中山は、パシユカーニスの言説を次のように解説する。犯罪、責任、刑罰等の概念を含む「刑法」が実は商品生産社会に典型的に現れる等価交換の形態をその物質的基礎として、成立したものであり、したがって、この物質的諸関係を現実克服することなく、単にこれらの概念を放棄するだけでは問題は解決されない。資本制社会においては、人間の労働力が商品化され等価交換の過程に組み込まれる中で、人格が物化されることによって『自己疎外』をうけ、商品物神性に反映することによって、抽象的個人の自由と責任との等価的生産という刑法イデオロギーが反駁の余地なく成立するのだということになる。そしてこれが虚構としての意思自由論の基本的前提である。これを基に、中山は、「一般的にいうならば、たとえ独占段階において、典型的な等価交換経済が変容をうけ科学的合理化と近代化が進んでも、商品物神性と法的物神性にもとづく自己疎外がつづく限り、上述の虚構論を完全に克服することはできないであろう⁽⁸⁸⁾」と論ずる。

中山は、責任非難の積極的根拠づけに当っては、行為者自身の意思自由が問題とされねばならず、これと無関係に、またこれを回避しては説明できないところから出立する。⁽⁸⁹⁾ 単に論理的関係からは、犯人の意思自由をみとめることは非決定論へと導かれざるを得ないように見えるが、論理的平面においては、必然性の認識と利用の中に自由を見出すというマルクス主義の考え方も行為主体の「自由」を否認していない。「したがって問題は、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究しうる根拠およびその程度、余地の問題であると考えられる。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あやまっているであろう。犯罪行為に対して責任が問われるという現実が存在する限りにおいて、このいわば『責任関係』ともいべきものの社会的な内容こそが問題とされねばならず、意思自由論はその論理的基礎として位置づけられるべきものである」。それでは、道義的責任とは何か。道義的責任という概念は「魔術的」であり、これに経験的な光をあてねばならないということを根拠に、責任から道義的内容を排除することは、責任そのものの否定に繋がる。道義的責任という概念自体は歴史的な概念であり、近代刑法の責任原則に対応するものである。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。主体的人格は、単に将来犯罪行為を反復しないための目的的措施をうけとめるべき担い手でもあるばかりでなく、なされた行為に対する非難、したがって反省をうけとめるべき担い手でもある。個人標準説によつて、単に当該行為者の中に無原因な自由な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中に『実質的責任関係』が存在する」。

f 評価

以上、五つの学説を見たのであるが、木村説は、人間の意思を歴史的「決定論」から説明するのであるが、それがいわゆる「相対的非決定論」とどこが違うのかが明瞭でない⁽⁹⁰⁾。制約された範囲内であっても人間の主体性を認め、そこから人格責任論を展開する團藤説に対しては、違法行為を離れて行為者の人格形成過程にまで責任を及ぼすのは行為責任主義に反するだけでなく、実際にも、刑事法廷で、複雑な人格形成過程について行為者の責めに帰せられる部分とそうでない部分を区別することはほとんど不可能といつてよいことが指摘できよう。さらに、決定的に問題なのは、意思自由が決定されない、つまり、無原因の意思だとすると、人格と犯罪意思の結びつきが不可能になるということである⁽⁹¹⁾。平野説は、「やわらかな決定論」は、人間の意欲は結果の発生の有無に影響がないと解する「かたい決定論」とは違い、人間の意欲も、一方では法則に従いながら、他方では結果を左右する一つの要素だと解すると主張する⁽⁹²⁾。しかし、意欲も法則に従うということが、意欲が意味や価値（意味の層・規範心理の層）によって拘束されているということであれば、意欲の有無は因果経路の通過点にすぎないことになるので、結局、「やわらかな決定論」は「かたい決定論」に帰着するのではないかという疑問が生ずる⁽⁹³⁾。平野説は、自由というのは強制されていないことをいい、「決定論と自由意思とは矛盾しない⁽⁹⁴⁾」とするのであるが、しかし、従来、論争的となったのは、「内部からの自由」としての自由意思であつて、「外部からの自由」としての自由意思ではなかつた。前者の意味での自由意思は決定論と矛盾するのである⁽⁹⁵⁾。平野説は、「刑罰によつて決定されること」が刑法の意味での自由であるとして、責任を展望的に見ることにより、責任と予防を結びつけるのであるが、これは、規範的責任論の意味での非難というのは過去の行為に向けられ、回顧的なものであるのと異なっていることも指摘できる⁽⁹⁶⁾。福田説は、相対的非決定論と具体的にどう違うのかわからない。相対的非決定論といえども、意思がまったく無原因だと主張しているわけではなく、素質と環境の制約の下にあることを認めているからである⁽⁹⁷⁾。中山説は、ウラジーミル・イリイチ・レーニン（一

八七〇―一九二四)の「人間の行為の必然性を確定し、意志の自由にかんするくだらない作り話を排斥する決定論の思想は、理性をも、人間の良心をも、人間の活動の評価をも、いささかも抹殺するものではない。まさにその反対である。決定論的見解のもとではじめて厳密な正しい評価が可能となり、ありとあらゆるものを自由意志のせいに帰着させることがなくなる」という言説を引いて決定論の立場に立ちながら、人権保障という実践的要請から責任の根拠づけに非決定論を用いるところに論理的矛盾があると云える。さらに、中山説は、刑事責任の根拠に関する問題が単に人間の意思自由に関する論理的検討の平面では片づかないこと、何よりも、一定の発展段階の社会において犯罪を行つた者に対する国家・社会の側からの非難がいかにしてまたどの程度道義的説得性をもつて正当化されるかという歴史的な実践的問題であることが出発点にあること、「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つ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」と論ずるとき、それは実際には法規範の妥当性を問題としているのであつて、責任を基礎づける意思自由を問題としていないと云える。⁽⁹⁸⁾

(4) 意思形成における心理学的事象

意思自由の問題に関連して、意思形成に際しての内的、心理学的事象を一瞥しておこう。心理学は、人の感情、思考、評価、意欲及び行為にかかわる身体的、精神的力の共同作用を分かりやすくするために、人格の成層構造の理論を開発した。その一人であるエーリッヒ・ロータツカー(一八八八―一九六五)によると、その説明はなるほど一つ

のイメージに過ぎないが、それでも、人の「自然的存在」と「精神的存在」の正面衝突する様を分かりやすいものにして^④いる。

このイメージの基本思想には、エス層 (Essschicht) と人間層 (Personschicht) の階層的機能領域、つまり、無意識の深部層 (unbewusste Tiefenschicht) と意識の人格層 (bewusste Persönlichkeit) の間の区別がある。無意識の深部層の中で、生命層 (Vitalschicht) と深部心層 (tiefenseelische Schicht) が区別される。

生命層に、呼吸、循環、物質代謝、運動、知覚、反射といった、身体の存在にかかわる生物的・生理学的な諸機能がある。生命層は、一方で、そのエネルギーを継続的により高次の層に供給するが、他方で、強い感銘を受けたときの動悸、血圧のゆれ、呼吸障害に見られるように、より高次の層から常に影響を受けている。深部心層に、自己保存欲、食欲、性欲、獲得欲、先天的又は後天的な心の基本態度(気質)、才能(例えば、音楽的才能)、より高次の努力、傾向、関心に至る感情のスカラ(例えば、動物愛、思いやり、正直、信仰心)といったような、本能被制約性から解放された欲求がある。深部心層は動機を中心であり、これによって、人は捕らえられ、一定の方向へとせきたてられ、目的に向かって統制され、思いつきと衝動が供給されるのである。

意識の人格層の最上位に、意識的精神的機能がその場を占める自我中心 (Ichzentrum) がある。意識の人格層には、深部層と人格層を結びつける人の層 (personale Schicht) があり、ここで人の性格が形成される。自我中心は、深部層から生ずる衝動に対する統制審級 (Kontrollinstanz) である。衝動は、人の層で自動的に実行に移されるか退けら

れないかぎり、自我中心でその意味内容、順位価値を検証され、実行に移されるか退けられることになる。この場に、人の法良心 (Rechtsgewissen) というものも定着される。これは、幼児期から次第に発達し、成熟した人では、通常、「深く考えることなく不法を避ける」ことを可能とする。

無意識と意識の層の共同作用という点から責任概念を捉えると、責任非難は、意識の層に根ざしている統制審級が失敗したということ为基础づけられる。その際、深部層の出来事は、与件として受け入れられるべきであり、深部層の出来事をもって行為者を非難するべきでない(例えば、性欲犯罪者に性欲が極めて強くなったという事実)。責任非難は、常に、あらゆる作為、不作為の最終決定を下す場である統制審級の失敗にのみかかわる、つまり、深部層から来る衝動が法良心によって退けられず、それ故、抑制されなかつたということにかかわる。

もとより、反射作用といったような深部層の生物学的・生理学的現象は統制審級を回避した事象であるから、刑法上の意味での行為と見ることはできない。

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

責任概念の内容を明確にする上で、その過去の軌跡を看過することはできない。そこで先ず、責任概念の歴史的・理論的發展を概観することとする。

(1)ドイツにおける責任概念の変遷 責任刑法というのは、一方で、中世に上部イタリアで継受されたローマ法に、他方で、キリスト教に淵源がある。したがって、犯罪に対する答責を基礎づけ、限定するのは人間の意思であり、こ

れによってその責任が基礎づけられる意思刑法の発展は欧州文化の遺産ということになる。一七世紀、一八世紀の啓蒙期の自然法の帰責論 (die naturrechtliche Imputationslehre) は責任概念を自由意思の法的帰責 (imputatio juris oder moralis) のために使用した。これは、特に、ドイツのザムエル・プーフENDORF (Samuel Pufendorf, 一六三四年—一六九四年) によって哲学的に展開された。プーフENDORFは、行為を存在世界 (entia physica) と価値世界 (entia moralia) に分けた。価値世界が悟性と自由意思という規準によって行為者の答責を決定したのである。責任は社会に対して道徳的に非難されるものとして行為者に帰属されたのである。行為を外的現象像とこの法的評価に分離するという方法が、オーストリアのカール・アントン・フォン・マルチーニ (Karl Anton von Martini, 一七二六年—一八〇〇年) 以後、法的帰責 (imputatio juris) と事実的帰責 (imputatio facti) を区別することに繋がった。事実的帰責は、外的な客観的事象および主観的事象と価値自由な存在次元に関係する、すなわち、結果犯では、行為者がある結果を故意に惹起したか否かが問題となる。法的帰責は道義的答責を法的答責として扱う。法的帰責は行為者の自由意思を前提とし、行為者に悪しき故意 (dolus malus) を帰属させることで、行為と行為者に関するすべての評価問題を解決したのである。法的帰責を消滅・減少させる事由は意思自由の消滅・減少と理解されたのである。法的帰責は、当時まだ存在しなかった今日の違法性の概念を含むものだった。こういったことが、オーストリアのテレジアナ刑法典 (CCLh 1768) に影響を及ぼし、責任概念は、犯罪概念全体を支配する、自由な意思の法的帰責として世俗化されたのである。^④

テレジアナ刑法典においては、犯罪は、「行為者の悪意 (die Bosheit des Täters)」から生ずるので、この帰結として、「理性と自由な意思」を有する「悪意を抱く者」が「人に不法、侮辱、あるいは、損害を加える」「悪しき故意」

を有したと、この計画を「外的悪しき行為」において実現に移したものと捉えられたのである。過失も、「単なる責任を担うもの」としてなるほど悪しき意思はないが、しかしそれでも「自由意思の行い」と理解された。悪しきことは、「公共の福祉を攪乱する」「法律違反の作為、または、不作為に係属した」。責任なしには、「犯罪はなく、したがって、刑罰もない」、「単なる偶然」があるにすぎない。自由概念の段階付けから、行為の帰責を低下した道徳的非難可能性の故に軽減させるか、排除する理由が生じた。自然法の責任概念は続くオーストリアの諸刑法典によって引き継がれ、旧刑法の失効した一九七四年末まで続いた。もともと学説は既にこの帰責論からは離れていたのである。¹⁰⁾

一九世紀後半に、刑法学は、特に、フランツ・フォン・リストに代表されるように、自然主義と実証主義の影響の下に、意思自由の濫用に基礎づけられた自然法の責任概念は維持できなくなり、普通法の全体的且つ道徳的考察から解放されたのである。犯罪構造を担う骨格としての行為の価値自由な、自然主義的概念から出立したいわゆる古典的犯罪概念においては、構成要件該当の、違法の且つ有責の行為というふうに体系的細分化がなされた。構成要件該当性と違法性は純粹に客観的範疇として理解され、主観的なものはすべて責任に配分された。責任は行為者の主観的事実である。その際、責任の内実の探求は放棄された。「責任とは、法的答責の結びつく、発生した違法な結果への行為者の主観的關係である」。これが心理学的責任概念 (Psychologischer Schuld begriff) である。故意 (禁止の認識を含めて)、過失は責任種類であるが、責任能力は、故意と過失の前提、つまり、「責任前提」とされたのである。¹¹⁾

これに歩み寄ったのが一九七五年まで効力を有した一八五二年のオーストリア刑法である。その第一条、第二条において、責任に「悪しき故意」が要求されたのである。すなわち、故意と責任が同置されたのである。不法の意識が

故意の中の悪しきものを構成する。不法の意識は故意の中に埋没し、証明を要しなかった(旧法第三条)。責任判断はなるほど行為者に関する価値判断を意味したが、しかし、「悪意」のこの非難は独自の、故意から切り離された概念要素ではなかった。旧法第二条が定めるように、法律上の「免責事由」は悪意を排除する理由だった。これに属するものが、責任無能力(第二条H. a-d)、抵抗しがたい強制(第二条H. e)であり、一八五二年からは正当防衛(第二条H. f)が付け加わった。過失も責任の心理学的要素として現れた。なぜなら、過失は危険な行為の結果の主観的予見可能性⁽⁹⁾によって作られたからである。

しかし、心理学的責任概念も間もなく徹底的に改造されざるをえなくなった。二〇世紀への変わり目頃に始まる科学的実証主義から新カント主義への動きを背景に、刑法においても、観察と記述という自然科学的方法の処に、理解と評価という独自の精神科学的方法が現れた。新カント学派の西南ドイツ学派に属するマックス・エルンスト・マイアー(一八七五—一九二三)によれば、価値判断は、外部世界の現象によって決定された行為者の動機、したがって、人倫的行為者心情に関係すると論じ、ここに責任主義の構成原理を見つけたのである。マイアーの云う人倫とは、主観主義的個人倫理ではなく、国が承認した文化に従う行為者から期待される内的態度を意味していることは、ゲオルク・イエリネーク(一八五一—一九一一)を引証しているところから明らかである。こういつた展開の中で、責任は心理学的要素に尽きるのでなく、評価を含むという認識が支配的になってきたのである。これが規範的責任概念(Normativer Schuldbe-griff)である。心理的責任概念には、いかなる心理的關係が刑法上重要なのか、なぜ心理的關係が責任を基礎づけ、その不存在が責任を阻却するのかの説明がない。責任無能力者の故意行為が責任阻却されるということは、純粹に心理学的観点からは理解できない。免責緊急避難でも、行為者は故意に行為をしているが、それでも免責される。これも純粹に心理学的観点からは説明できない。認識のない過失でも、行為者の結果への心理的関

係がないのであるから、心理的責任概念からは説明できない。重要なのは、行為者のその所為への内的関係の評価である。⁽¹⁰⁾

この方向を踏み出した、規範的責任概念の先駆者と目されるのがラインハルト・フランク（一八六〇—一九三四）である。フランクは、一九〇七年に、責任というのは心理学的事態に関する価値判断である、すなわち、責任とは所為の「非難可能性」であることを指摘した。フランクは当時次第に認められるようになった免責緊急避難が心理的責任概念をもってしては説明ができないという考察から出立した。というのは、責任概念は故意と過失の総体以上のものではないとすると、そして、故意と過失が認識のある又は不注意の結果招来にあるとすると、どのようにして緊急避難によって責任が阻却されるのか、その理由が分からないままである。というのは、緊急避難行為者も自分のすることは知っているからである。緊急避難者には故意が無いのだとするならば、それはまったく非論理的である。さらに、フランクは、責任能力が「責任前提」、つまり、故意、過失の前提とする見解にも異論を唱えた。というのは、精神病者も行為を意欲し、行為を犯罪と特徴づける要素を認識できるし、それどころか、その行為が犯罪であることを知りうるからである。責任能力は責任前提ではなく、責任の一部であると。結局、フランクによると、責任とは、行為者の責任能力（正常な精神状態）、故意又は過失の形をとる所為時の心理的關係、付随事情の正常性がある場合に認められる。これらの三要素が非難可能性の概念で一括される。このようにして、心理学的要素が規範化された責任概念の中に埋め込まれ、異常な随伴事情がある場合、非難が脱落しうるのだと。⁽¹¹⁾

ジェイムズ・ゴルトシュミット（一八七四—一九四〇）は、一九一三年のヴァイン法曹協会での有名な講演で更に

これを発展させた。ゴルトシュミットは、正当化事由としての緊急権を責任問題としての免責緊急避難から分離した。耐え難い強制という免責事由を故意が存在しなかったことに帰することはできない。なぜなら、違法の作為に強制された者は、不法の意識を含めた認識と意欲をもって行為したからである。故意が脱落するのでなく、行為者に対して、故意が存在するにもかかわらず、その動機設定過程の故に非難がなされるべきでないということが問題となる。したがって、責任には、責任能力、故意といった心理的責任要素に加えて、動機の可能性という独自の規範的要素が属さねばならない。この要素は、通常は存在するが、外的状況が行為者に、法遵守義務に従った動機づけ（義務規範）を正当にもはや課さない特別のとき、なくなると。ゴルトシュミットは、過失犯についても、義務規範の不遵守が責任を根拠づけると主張した。⁽¹¹⁾その後、ゴルトシュミットは、動機づけへの要求による期待可能性の原理をいっそう強調した。それは平均人の可能性という客観的尺度から判断され、他人の可能性が行為者の当為になるといえる。⁽¹²⁾

刑法の緊急避難規定を拡大する努力は、ベルトルト・フロイデンタール（一八七二—一九二九）の一九二二年に公刊された作品でその頂点に達した。フロイデンタールは責任の支柱となるのは法に誠実な意思形成の期待可能性であることを論じたのである。異常な外的付随事情があるとき、期待可能性の不存在の故に非難可能性がなくなり、刑事罰を科するに値しない。フロイデンタールは、期待不可能性を一般的免責事由にすることを要求したが、その尺度を主観的可能性、個人倫理の意味で理解したのである（主観的期待不可能性）。⁽¹³⁾それ故、これは、考えられうる責任の個別化・自由化の限度を超えたこと、刑法の「軟弱化」を招くと批判されることとなったのである。⁽¹⁴⁾

したがって、責任では、方法的には、構成要件と違法性の関係に似ている。すなわち、不法と責任を基礎づける事態はそれぞれ違法性と責任の価値判断を徴表する。これらの非難は、不法では価値関係の正当化事由によって、責任にあつては価値関係の免責事由によって脱落しうる。これらの事由は積極的事態に消極的事態を対置するのである。⁽¹⁰⁾

責任が心理学的要素と同置できないこと、一般的当為規範から逸脱した行為者の心理に関する価値判断の帰属に基礎づけられるという洞察は、一九三二年まで、学説で支配的になり、グスタフ・ラートブルフ（一八七八—一九四九）の手になる刑法改正案にも反映されていた。⁽¹¹⁾ とりわけ、エーバーハルト・シュミット（二八九一—一九七七）は、リストの指導的刑法教科書の改訂（一九二七年）に当って、心理学的責任概念を放棄して、客観化された形で期待可能性を受け入れた。シュミットは、期待可能性の尺度に、「忠実な平均・国民類型」ないし「一般化考察」をおき、社会的倫理的評価の意味で理解したのである。⁽¹²⁾ 期待可能性は過失犯にも受け入れられた。というのは、軽率にもあるいはありうると予見しながら危険に赴くが、避けられない緊急状態のために、この者を非難できないという場合がありうるからである。したがって、過失の心理的要素に、非難可能性という独自の規範的要素が付け加えられねばならない。⁽¹³⁾

エドムント・メツガーは、責任とは、違法行為の人格的非難可能性を根拠づける前提要件の全体であること、すなわち、責任は心理学的「責任事態」であり、同時に又、「責任事態に関する価値判断（いわゆる規範的責任観）」であることを主張した。刑法の責任は意思自由の論争とは関係が無い。責任は、違法行為が「行為が行為者の人格との関係で法的に是認されない形をとって現れた」ことを意味する。「この人格というのは、経験に基づいて与えられた人格と考えられるのである。行為と人格の必要とされる関係を認定することで法的には責任を肯定するのに足りる」。責任

は個別行為責任 (Einzel-Tat-Schuld) である。責任判断の対象は所為であるが、この所為というのは行為者の性格との関係における所為であり、行為者の人格の現れとしての所為であるから、現行法の基礎には「**性格学的責任観** (Charakterologische Schulauffassung)」がある⁽¹²⁾。メッガーの性格学的責任論は、後に、期待可能性論とともに、オーストリア現行刑法への橋渡しとなったのである⁽¹³⁾。

ライヒ裁判所は一九二七年に超法規的正当化緊急避難を認めたことによつて、期待不可能性という超法規的免責事由の道も開かれるのではないかと考えられた。しかし、一九三二年に、ライヒ裁判所はこの道を遮つた。ライヒ裁判所は免責事由としての期待不可能性を認めたものの、これを緊急避難の法文に限定し、故意犯の過失犯への類推を禁止したのである⁽¹⁴⁾。学説の雰囲気は激変した。これは、自由法運動、自然法信奉、人道理想主義の後、確固たる軌道への理性的回帰と感じられたのである。一般的基調は、「故意犯における期待不可能性理論の妖怪」は消えねばならない、われわれは国の秩序を危うくする「蠟のようにやわらかい法」、「弱弱しいあきらめ」を望まない、われわれが緊急に必要とする要求は、厳しきであり、法文への回帰であるというものだった。平均人という尺度は、「規準としての人造小人 (hominulus normalis)」として嘲笑されたのである⁽¹⁵⁾。ゲオルク・ダム (一九〇四—一九六三) やユストウス・ヴィルヘルム・ヘーデマン (一八七八—一九六三) が「一般条項への逃避」とか、立法者自身によつてゆだねられた裁判官が自らの判断を導くための「価値粥」のなかで法形式が軟弱化することの危険を指摘したのは偶然ではない⁽¹⁶⁾。

一九三三年には、フリートリッヒ・シャフシュタイン (一九〇五—二〇〇一) が、一九三五年には、ラインハルト・

マオラツハ（一九〇二—一九七六）が絶対的国家観という新しい武器を振りかざして期待不可能性理論に死の一撃を加えた。シャフシュタインによると、蔓延する自由主義に鑑み期待不可能性理論を改めて批判するときである。国の独自の価値が「絶対的優先性」を享受する。概念解釈の目的論的方法是法的安定性のところで終わらねばならない。マオラツハは、「国家理念を否定」するものだとして、ヴァイマル共和国ライヒ憲法に非難の矛先を向け、超法規的免責事由というのは国に対する個人の堪えがたき勝利であるとしてこれを断固として否定したのである。その後、期待不可能性が議論されることがあっても、それは完全に政治的イデオロギーに変わってしまったのである。¹³⁾

一九四五年の国家社会主義体制の崩壊後、一般的に自然法ルネサンスが見られたこと、ヴァイマル時代への追憶があったことから、期待可能性思想への追い風が吹くと見られた。一九五二年に、連邦通常裁判所刑事事部連合部は、人の自由で、自己答責な、道徳的自己決定に根ざす「責任という無価値判断」への信奉を表明していたし、¹⁴⁾学説では、エーバーハルト・シュミットが、安楽死の事例で、期待不可能の故の典型的責任阻却を見ていた。医師は道徳的窮境から行為をしており、ここから責任無しには抜け出すことができないというのがその理由である。¹⁵⁾それにもかかわらず、一般的超法規的免責事由としての期待不可能性の理論が広く議論されることはなかった。戦後の困窮と復興の時代にあつては、個人の弱さを慮り、法的安定性と威嚇を放棄するのにふさわしい雰囲気になかったのである。期待可能性が法に誠実な平均人という比較人の行動によって客観化されようとも、それは有用な規準とはならないと考えられた。さらに、ドイツ連邦共和国は、不運に終わったヴァイマル時代から距離をおいたことも指摘できよう。倫理に見方するような規範的責任概念の古いグレートヒエンの問いかけを嫌ったばかりでなく、終わりのない、結果的に実りなく終わった戦前の議論に飽きていた。結局、一九三二年のライヒ裁判所に見られた議論が一般的に受け入れら

第二次世界大戦後の規範的責任概念の発展を牽引したのが目的的行為論による責任理論である。規範的責任概念においては、責任能力は、法に対応する行為意思を形成する前提条件として責任前提要件であり、有責の行為意思それ自体は、故意（所為の認識と意欲）、過失（認識可能性があるのに認識しない）の形で現れる。責任阻却事由（例えば、緊急避難、過剰防衛）は付随事情の異常性から説明された。したがって、違法性の意識は故意に含まれるのが通説だった。行為意思は避けがたい禁止の錯誤の場合、非難に値しないように考えられたからである。しかし、ヴェルツェルは犯罪概念を存在論的に基礎づけ、その帰結として、構成要件の故意と過失における客観的注意義務違反を責任概念から除外したのである⁽¹⁴⁾。これは、フランク、ゴルトシュミット等によって展開された「複雑な責任概念」と対比して、**純粹規範的責任概念** (rein normativer Schuld begriff) と呼ばれるのである⁽¹⁵⁾。すでに、アレクサンダー・グラフ・ツウ・ドーナ（一八七六一一九四四）は、エーリック・ヴォルフ（一九〇二—一九七七）の責任論に基づいて、主観的構成要件に属する「評価の客体」としての行為意思と行為者の動機づけの判断にかかわる「客体の評価」を峻別していたのである⁽¹⁶⁾。ヴェルツェルは、故意を行為の構成要素とし、したがって、不法構成要件の構成要素とすること、ドーナの結論を不法理論から理解させたのである。責任概念には、違法性の意識と規範に誠実な行為の期待可能性という純粹に規範的な要素しか残らない。責任は、行為者が違法行為をしないことができたにもかかわらず、そうはしなかったという行為者に対する人格的非難を基礎づける。行為者の行為は、行為者が法の要請に従うことができたにもかかわらず、法が要求するようなものでない。行為者は規範に従って動機づけることができただろうといえる。日常語的に云うと、行為者が違法な意思形成に「手を打つことができる」責任がある (Dafür-Können) というところ

に責任の本質がある。しかし、有責の人が自己の所為決定に対する答責がどのように根拠づけられるのかについて、ヴェルツェルは論ずるところがない。どのように犯行が避けられるのか、適法な行為の目的をもつ「自己―制御」の投入というのは実際にどのようなものなのか、それは認識できないし、依然として「意思自由」の「秘密」である。ヴェルツェルによれば、責任能力と不法の意識の可能性が肯定されると、責任が実体的に基礎づけられる。しかし、規範に従った動機づけの可能性を著しく毀損し、したがって、責任、つまり、「手を打つことができる」を減少させる異常な動機付け状況があるとき、それは免責事由となる。(改正前) 刑法第五二条(強要緊急避難)、第五四条(緊急避難)は適法行為の期待不可能性を理由として免責される。責任無能力や回避できない禁止の錯誤は責任阻却事由であるが、免責事由は責任非難を免れさせる⁽⁷³⁾。

注

(65) 木村亀二『刑法総論』[増補版]一九七八年・五八頁以下。

(66) 木村(注65)六五頁以下。

(67) 木村(注65)六四頁。

(68) 木村(注65)六一頁。

(69) 木村(注65)六二頁。

(70) 木村(注65)六三頁以下。

(71) 團藤重光「刑法における自由意思の問題」(尾高朝雄教授追悼論文編集委員会編『自由の法理』所収・一九六三年・二〇七頁以下、二一八頁。

(72) 團藤(注71)二二四頁。

(73) 團藤(注71)二二七頁以下。

- (74) 團藤(注71)二二三頁。
- (75) 團藤(注71)二二四頁。なお、中義勝『講述犯罪総論』一九八〇年・一五八頁以下は、出立点は異なるが、その帰結は團藤理論とほぼ同趣旨である。中は、ある誘因と価値的決断力(善・悪・合法・非合法を弁識する価値意識とこれの指向するままに決意する意思力)とのメカニズムは自分がそのさいそうしたという以外にはありえなかつたという意味では決定されていたとせざるをえないのではないか、そうすると、決定された行為意思を非難できないのではないかという疑問が生ずるが、しかし、行為者人格に行為時とその後に変化はあつても、これを同一の個性の発展とみる人格の持続性を認めることができる(例えば、犯罪者が行為後これを後悔し、犯罪を繰り返さない決意をする)ことからすると、「行為者には、行為当時、他行為可能性の因子、『他行為可能性の可能性』があつたものとする事は、それほど唐突な現実ばなれした事ではなく、むしろわれわれの経験的事実として是認されてもよい」のではないかと信ずる。同「刑事責任と意思の自由論」刑法雑誌(四卷三二四(一九六七)・七三頁以下)。
- (76) 平野龍一「意思の自由と刑事責任」(『刑法の基礎』一九六六年・七頁。初出：尾高朝雄教授追悼論文編集委員会編『自由の法理』所収・一九六三年・二三三頁以下)。
- (77) 平野(注76)一九頁。
- (78) 平野(注76)一九頁。
- (79) 平野(注76)二四頁。
- (80) 平野(注76)二五頁。
- (81) 平野(注76)二八頁以下。
- (82) H. Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., 1961, 49 (邦訳：福田平／大塚仁『目的的行為論序説——刑法体系の新様相』一九六二年・六八頁)；ders., Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, 147.
- (83) Welzel, (Fn. 82. Bild), 51 (邦訳：七〇頁以下)；ders., (Fn. 82. Strafrecht), 148.
- (84) 福田平『刑法解釈学の基本問題』一九七五年・八七頁。
- (85) K. Engisch, Die Lehre von Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 1963, 36.
- (86) 福田(注83)八七頁以下。
- (87) パシユカーニス(榎子恒夫訳)『法の一般理論とマルクス主義』一九五八年・一九〇頁以下。

(88) 中山研一『現代刑法学の課題』一九七〇年・二二七頁以下。瀧川春雄、宮内裕、平場安治『刑法理論学総論』一九五〇年・一六一頁「罪刑法定主義あるいは犯罪主義という刑法的諸原則は、近代民主主義國家の基本的理論構成と『孤立した個人』に由来するものであって、これらの刑法的諸原則に対する矛盾と否定は、近代刑法の自己自らの根拠の否定であり、自己矛盾である。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、この論理的な前提の論理的帰結なのである」。これに対して、井上裕司「決定論と責任の基礎」『法政研究三三・一（一九六六）三頁「法のイデオロギー性の理論—虚偽としての自由の理論。ここではパシユカーニス、ピオントコフスキーの理論の影響が強い。決定論の立場に立ち、意思もまた法則に従うことを認め、選択の自由を否定する。しかし、近代市民社会の法構造は自由な個人を構成原理としてのみ成り立ちうるので、法律上は自由な主体と擬制される。この立場は、自らの理論として、行為主義、非難としての責任、応報刑を説く。しかし、それでは、擬制された自由の上に立つこれらの理論は裸のポリシイの上へのみ築かれ、その理論的な根拠づけが放棄されていることにならないであろうか」。

(89) 中山(注88)二二二頁以下。

(90) 参照、平野(注76)六頁以下、團藤(注71)二二七頁。

(91) 参照、大谷實『刑事責任の基礎』一九六八年・二三頁以下。

(92) 平野(注76)二二頁。

(93) 西原春夫『刑法総論』〔改訂準備版下巻〕一九九三年・四四三頁、中山(注88)二四五頁、内藤(注7)七八二頁。

(94) 平野(注76)三〇頁。

(95) 内藤(注7)七八三頁。

(96) 参照、内藤(注7)七八三頁以下、西原(注93)四四三頁、中山(注88)二二〇頁。

(97) 参照、西原(注93)四四五頁。

(98) ソ同盟共産党中央委員会付属マルクス・レーニン研究所編(マルクス・レーニン主義研究所訳)『レーニン全集第一巻』一九五三年・一五五頁。

(99) 中山(注88)二二六頁。

(100) 大谷(注91)一八頁以下。

(101) E. Rothacker, Die Schichten der Persönlichkeit, 6. Aufl., 1964 (監訳、北村晴朗、訳、大久保幸郎、石川信一、羽生亨『人格の成層論』一九九五年)。Vgl. Jescheck/Wegand, (Fn. 1), § 37 III; Steininger, (Fn. 1), 12. Kap Rn 9.

- Rn 24.
- (16) § 25 des deutsch-österreichischen Strafgesetzentwurfs 1927 (Ausgabe Kadacka, 2. Aufl, 1931).
- (17) *F. v. Liszt, Eb. Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl, 1927, 210 ff, 266 ff, 267. 参照 佐伯 (注三) 九五頁以下。その外 節度のゆるぎを認むるは *E. Kohlrusch*, in: *Aschrott, Kohlrusch* (Hrsg.), Reform des Strafrechts, 1926, 1 ff.; *E. Mezger*, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 1931, 248 ff., 370 ff., 374 (後述の語: Deutsches Strafrecht, 1941, 117); *H. Henkel*, Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigen Recht, 1932, 55 ff., 71 ff., 77 (後述の語: Zutunbarkeit und Untunbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, in: *Mezger-FS*, 1954, 249 ff.)°
- (18) *Goldschmitt*, (Fn. 111), 141, 149 ff.; *Freudenthal*, (Fn. 113), 7, 10 ff.; RGSt 30, 25 [「暴行罪事案」]° Vgl. *Moos*, (Fn. 1), Rn 98.
- (19) *E. Mezger*, (Fn. 117), 247 ff.
- (20) *H.-H. Jeschek*, Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich, in: *H. F. Köck, R. Moos* (Hrsg.), Dienst am Strafrecht — Dienst am Menschen, 1998, 57 ff., 60.
- (21) RGSt. 61 242.
- (22) RGSt. 66, 397.
- (23) *R. Manwach*, Kritik der Notstandslehre, 1935, 132 ff., 139.
- (24) *Kitzinger*, (Fn. 114), 407.
- (25) *G. Dahm*, Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht, 1931, 16; *J. W. Hedemann*, Die Flucht in die Generalklausel. Eine Gefahr für Recht und Staat, 1933, 32, 34 ff. Vgl. *Moos*, (Fn. 107), 895.
- (26) *Schaffstein*, (Fn. 114), VI, 28, 54, 60 ff., 79 ff.; *G. Dahm, F. Schaffstein*, Liberales oder autoritäres Strafrecht?, 1933, 30.
- (27) *Manwach*, (Fn. 118), 107 f., 129 ff., 147 ff.
- (28) *H. Jobst*, Der Streit um die Zutunbarkeit im Strafrecht, 1935, 83 ff., 85 「ローマ人に期待せざることを期待可能なる」° *K. Siebert*, Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, 1934, 54 (「意思の強き民族共同体の成員 (Volksgenosse)」は法律が大口に見えたる以上は堪へざることを期待せざるべし)° Vgl. *Moos*, (Fn. 107), 896. 参照 佐伯 (注三) 一一二頁以下。下村康正『犯罪論の基本思想』【第十三版】一九七〇年・一三八頁。
- (29) BGHSt. 2, 194.

- (10) *Eb. Schmidt*, Anmerkung zum Urteil des OGH f. d. Brit. Zone v. 5. 3. 49 SJZ 1949, 568 f.
- (11) *Moos*, (Fn. 107), 896 f.; *ders.*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, § 10 Rn 45, 参照『木村亀二『刑法雑筆』一九五五年・一二六頁以下。』
- (12) *Watzel*, (Fn. 82, Strafrecht), 138.
- (13) Vgl. *R. Mauerach, H. Ziff*, Strafrecht AT, Tb. 1, 6. Aufl., 1983 § 30 Rn 22 f.
- (14) *Jeschek/Weigend*, (Fn. 1), § 38 II 4.
- (15) *E. Wolf*, Strafrechtliche Schuldlehre, 1928, 126.
- (16) *A. Graf zu Dohna*, Der Aufbau der Verrechnungslehre, 1936, 4. Aufl., 1950.
- (17) *H. Watzel*, Persönlichkeit und Schuld, ZStW 60 (1941), 456.
- (18) 目的的行為論のもう一人の代表的論者であるライント・マオラツハ(一九〇二—一九七六)は違法性と責任の間に独自の犯罪論体系概念として「行為答責(Tatverantwortung)」を要求する。正当化事由、責任阻却事由と並んで行為答責の阻却が考えられる。「法秩序は、なるほど行為者にその行為の適法性を証明しないが、しかし、最初から個人の能力に助けを求めることのない」場合がある。その最も重要な例が免責緊急避難(第三五条)であり過剰防衛(第三三条)である。これらの場合、「個々の行為者が免責されるのでなく、誰もが特定の事情のために答責から解放される。行為は、これらの場合なるほど正しくないが(行為不法は存在する)」。しかし、「一般的な人間の性質に鑑み一般的に無理もないのであって、単に個別的に免責されうるといいうのではない」。正犯に行為答責阻却が認められた場合の実践的帰結は、第一に、共犯も不処罰であり、第二に、正犯者が責任無能力であっても、改善・保安処分が科せられることはなく、*R. Mauerach, Schuld und Verantwortung*, 1948; *R. Mauerach, H. Ziff*, Strafrecht AT, Tb. 1, 6. Aufl., 1983, §§ 31 ff. しかし、違法性と責任の間に新たな犯罪論体系概念を持ち込む必要はないし、その第一の実践的帰結も支持できない。免責緊急避難や過剰防衛の共犯は可罰的と見られるべきである。尤も、ドイツ刑法において、行為者に行為答責の阻却が認められるとき、責任無能力であっても、改善・保安処分を科することはできないとするのは正当である。さもなければ、責任無能力者の正当防衛も改善・保安処分を基礎づけざるを得なくなるからである。しかし、このことが行為答責という犯罪論体系概念を採用する理由とはならない。精神病院収容処分(刑法第六三条)の規定を、行為者が専ら責任無能力の理由で不処罰とされる場合に適用すべきと限定解釈をすればそれで足りるからである。Vgl. *Roxin*, (Fn. 8), § 19 Rn 61.

Schuld (2)

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)