HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

| | |
|---|---|
| タイトル | 責任（4） |
| 著者 | 吉田，敏雄；YOSHIDA，Toshio |
| 引用 | AN00228753，51(2)：175-203 |
| 発行日 | 2015-09-30 |

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論　説

# 責　任　(4)

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的経緯
B　ドイツ語圏刑法学の現状
a　ドイツ
b　オーストリア
c　スイス
（以上第五〇巻第二号二〇一四年）
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
(4)　意思形成における心理的現象
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

(1) ドイツにおける責任概念の変遷
A 歴史的経緯（以上第五〇巻第三号＝第四号二〇一四年）
B 現在の責任概念
a ミュラー＝デイーツ説
b イエシェック説
c バオマン／ヴェーバー／ミチュ説
d シェヒ説
e 機能的責任概念
aa ロクスィーン説
bb ヤコプス説
cc シュトレング説
dd メルケル説
f 性格責任論
g 責任主義不要論
(2) オーストリアにおける責任概念の変遷
A 歴史的経緯
B 現在の責任概念
C 一般的免責事由としての期待可能性の賛否
(3) スイスにおける責任概念の変遷
(4) 日本における責任学説
A 近代学派の社会的責任論（いわゆる性格責任論）
B 個人道義的責任論
a 国家道義的責任論
b 人格責任論
C 個別行為責任論
a 福田説
b 西原説
c 大谷説
d 内田説
e 内藤説
f 評価
D 非個人道義的責任論
a 木村説
b 平野説
c 堀内説
d 増田説
（以上第五一巻第一号二〇一五年）
（以上第五一巻第二号二〇一五年）

## (4) 日本における責任学説

**A 近代学派の社会的責任論**（いわゆる**性格責任論**） わが国における社会学的刑法学派（近代学派とも新派とも呼ばれる）の代表的論者は**牧野英一**（一八七八―一九七〇）である。[25] エンリコ・フェリー（一八五六―一九三四）やフォ

ン・リストの影響を受けた牧野の社会的責任論は意思自由の存在を否定する。行為者の責任は社会保全という観点から理解される。主観主義の刑法理論は、刑法の対象として、行為者の悪性すなわち反社会性に重点をおくから、責任の本質は行為責任として考えられるのでなく、人格責任として論ぜられる。「刑法に規定せられる一定の行為に依って徴表せられる行為者の人格（悪性、社会的危険性、犯罪的性格）が、刑法上の制裁を受ける基礎になるのであり、刑罰は、その人格を矯正するための社会的処遇である」[226]。この社会的責任論の立場からすると、幼者精神病者の反社会的行為に対しては、「社会は、其の行為者に対して、その行為に因り、反社会的性格を認めることになるの結果、社会防衛の方法を講じなければならことになるわけで、ここに保安処分の問題があるのである。この意義において、幼者精神病者は、その反社会的行為に拠って、社会的には非難せられることになり……放置すべきものではない……すなわち、責任無能力者に対しても、その者に対し社会的道義的価値判断を為すの基礎となるべき心理的関係は成立するのである」[227]。したがって、いわゆる能力者と無能力者の行為に関して、物心の連絡という点、差異はない。ただ、両者に対する社会防衛の方法が異なるにすぎない。換言すれば、「責任能力というのは、刑を科することに因って、刑の目的を達し得べき能力である……すなわち、責任能力は刑罰能力Strafmündigkeitである……わたくしは、これを刑罰適応性ということができると考える」[228]。かくして、社会的責任論によると、原理上、刑罰と処分の間に概念的区別は存在しない。故意・過失という責任条件も悪性の表現であり、その行為は行為者の反社会性の徴表である。

社会的責任概念は個人道徳的意味での責任を放棄し、それ故、応報刑も放棄し、目的刑、しかも（広義の）教育刑、つまり改善刑（Besserungsstrafe）の承認に至る。刑罰は行為者人格を矯正改善するための社会的処遇である。行為者を改善するために一定の刑罰が十分であるかぎり、一般予防の観点から重い刑罰を科する必要はない。「軽い刑を

以って足りるものとせられる理由を社会に示すの国家的努力が、威嚇に急ぐの国家的努力よりも、文化的により高度のものである[229]。一般予防のためには、社会政策一般が重要な意義を有する。逆に、社会一般が軽いものと見る犯罪において、特別予防の必要上、場合によっては重い刑罰を科す必要性が生ずる。このような場合、重い刑罰を科する必要性を社会一般に向かって明らかにすることが国家の任務である。牧野は、応報刑主義に対して、「純正に理論的に考えても、応報がそれ自体として倫理的なものであることを疑うのであり、別に、文化の発達を跡づけ、国家の行動の進化を論じてその意義乃至価値を考えるにおいては、一般予防主義は、徒に権力的な威嚇主義たるの外ないものとせざるを得ない[230]」と批判する。

所為の人格相当性を問題とするこの責任論は、正しくは「行為者責任」と呼ばれるべきものである。牧野自身も、この理論は社会的責任論でなく、「社会的措置」論と呼ばれるほうが良い、なぜなら、伝統的理解によれば、「責任」という概念は「応報的害悪」と結びついているからであると論ずる。

この責任論によると、犯罪行為は性格のための徴表としてしか評価されない。それ故、そもそも法益侵害が処罰されるのでなく、法益侵害をきっかけとして人格が処罰される。しかし、行為者は所為を処罰されるべきであって、性格自体を処罰されるべきでない。この極端ないわゆる徴表的責任概念は法治国の理由から今日もはや支持されていない。

### B　個人道義的責任論

**a　国家道義的責任論**　権威的ないわゆる「後期旧派」に所属する代表的論者の一人である**小野清一郎**（一八九一―一九八六）は、いかなる正義概念が刑法と結びつくべきかについて以下のように論ずる。「私は日本刑法は国家的道義を根本とするものであり、国民生活の道義的、法律的秩序を完うし、国民的和を実現するものでなければならぬと考へる。犯罪はその国家的道義秩序に対する忍ぶべからざる侵害であり、刑罰はかかる行為を否定し、抑制するための権威的、権力的な行動である。其は応報として犯人に苦痛を与へるものであるが、しかしそれによって国民一般をして客観的道義観念を意識せしめると同時に、亦特に犯人をして道義の厳粛性を知らしめるものである。真の教育は客観的道義の認識なしには不可能である。畢竟刑法は応報によって応報を超ゆる道義そのものを実現しようとする。『刑は刑なきを期する』ものである。応報としての刑罰は道義の実現における必然的な過程であり、已むことを得ずして行ふ国家的強制である。其は単なる犯罪予防の功利的手段ではない。其はまさに一つの大乗的な慈悲行である。されば其は亦人倫的文化秩序の最小限度の要請としての保安を無視するものではない。応報と予防とは日本刑法において二律背反ではなく、和の共同体的道義において止揚され、綜合されるべきものなのである」[231]。

この見地からすると、刑法は国民に対して道義の意識的実現を要求し、反道義的行為について責任を負わせる。行為は意思の実現であり、客観化である。客観化された行為自体が刑事責任の現実的根拠である。しかも、それは常に道義的に評価されるべきである。これがまさに、国民の人格的自由と意思決定を重要視する道義的責任である。道義的責任の基礎を成すのが意思自由である。「行為は決定されつつ決定するもの、たえず新たなもの、自由なものである。……意思の自由および行為の自由は、道義的責任の基礎をなすものである。意思の自由とは、意思が何物にも決定さ

れていないといふことではない。それは性格と環境、すなわち内外の業によって決定されている。しかし、それは行為を一義的に決定してはいない。それは具体的に二つ以上の行為の可能性を残している。そうして人は倫理的な当為に従って自己の行為を決定する自由をもつ。そこに意思の自由があり、行為の自由がある。意思の自由、行為の自由のないところには、実は真の意味における行為といふものはないのである。少なくとも道義的に責任のある行為はあり得ない[232]。「道義的責任の本質は道義的立場からの非難である。それは行為者が主観的に道義的軌範の意識に従って行動すべく、又行動し得た筈であるに拘らず、その義務に反する行為に出たことを非難する意味の消極的な価値判断である。其の意味でまた軌範的責任と謂い得る。其の軌範的な判断である点に於て違法性に同じ。但し違法性の判断は専ら客観的に、行為そのものに対して下される判断である。之に反して道義的責任の判断は違法な行為を行為者の主観に関係させて、行為者その人に向けられる批判である。或ひはこれを主観的な反道義性と謂って良いであろう[233]」。

小野は、刑罰について、一般予防、特別予防のいずれの方向でも道義的観念が支配しなければならないと主張する。「刑法の普遍的な歴史的現実に立脚して、それにおける刑法の論理的構造を省察するのに、その中核はやはり応報の観念である。それは復讐心ではない。人間の深い道義的要求であり、それが制度の本質、形相、理念である。刑罰とは反道義的行為としての犯罪を理由として道義的責任ある行為者に対して科せられる法律的制裁であり、その内容は国家に依る法益の剥奪、すなわち害悪である。その意味で道義的、国家的な応報であるといえる。とはいえ刑法は応報そのものを目的とするのではない。それによって国民の道義的秩序を維持し、公共の福祉を促進しようとするのである。即ち其は道義的な懲粛である[234]」。刑罰は、受刑者の人格に於いて道義的観念を自覚せしめ、その道徳的性格を完成せしめることを助けるものでなければならず、「市民的な、必ずしも道義的であることを要しない改善」（リスト）で

は足りず、「国家的共同体に於ける倫理的主体としての国民の人格を完成する点に其の最後の目標をおくべきである」[235]。

結局、国家道義的責任論は次のように要約できよう。刑法は外在的な国家的道義を根本とするものであり、責任には行為者の意思自由が措定され（相対的非決定論）、刑罰については、応報そのものは刑法の目的ではなく、それによって国民の道義的秩序を維持し公共の福祉を促進するものである。応報と予防は和の共同体的道義において止揚され、一般予防・特別予防には国家道義が支配しなければならない。本責任論は、既に第二次世界大戦前の時代に展開されたものであるが、当時は、国家道義は天皇制国体イデオロギーを意味したのである（日本法理）。本理論が今でも通用させるなら、誰が何を根拠にどのように国家道義を確立するのか、それと社会倫理との関連はどうなのかについての根本的論議が必要となる。しかし、小野は、「刑法は国家及び国民生活における人倫的、道義的な基本秩序を全面的に維持する任務をもつものである。……日本における明治以来の、遠くは大宝養老以来の法律文化の意義は失はれないであろうし、又失はれてはならない」[236]と論ずるのみである。本責任論はさらに行為者を個人的に非難できるために意思自由を措定するが、その論証が全く欠如している。本責任論は現代の自由・社会・民主法治国の下ではもはや支持されえない。

**b　人格責任論**　人格責任論[237]は個人道義的責任論の支持者によって主張される。その代表的論者は**團藤重光**である。その系譜はメツガーの行状責任論、ボッケルマンの生活決定責任論に遡る。團藤は、社会的責任論（性格責任論）が、具体的な人間の把握において不充分な行為責任論に対抗して現れたという点で理解できるものの、しかし、非難の要素を欠くもので、本来の意味での責任でないばかりか、人格の主体的な面を無視する点で、刑法から人間性、し

たがって、道義的な軌範性を奪い去ると批判した上で、道義的責任論の立場をとりながら、当の行為だけでなく、その背後にある人格に責任の基礎を認める人格責任論に進む以外にはないと論ずる。[238]

人格責任論では、先ず、責任判断の対象となるのは構成要件該当行為そのものである。犯罪行為は行為者の人格の現実化である。「犯罪行為は一定の性格の自然必然的な流露ではなく、人格の特性にしたがいながらも、種々の内的および外的条件のもとに、行為者が他の可能性を排除してとくにその可能性を選択することによって行われるものである（人格の自発的・目的論的要素）。……まず、当の犯罪行為について行為者の人格態度を取り上げなければならない……ただ、意思責任という観念は、故意についてはあてはまるが、過失については不適当である。行為における意思というよりも、行為における人格態度を問題とするべきである」。[239]

人格責任論は、次いで、犯罪行為の背後にある行為者の潜在的な人格体系を取り上げ、行為責任が第一次的に、人格責任が第二次的に考慮されながら、究極的には、合一されるべきことを論ずる。「かような背後にある人格も、素質・環境による重大な制約を受けながら、主体的に形成されて来たものである。……だから、……行為者が性格学的な人格に対して主体的になにかをすることができた範囲で、人格形成における人格態度に対して行為者に非難を加えることができるのである。反面からいえば、素質・環境が人格形成を必然的に制約する面においては、非難を軽減・排除する方向に働く。要するに、人格形成の過程は、非難したがって責任を基礎づけ強めるプラスの方向に向っても、これを排除し弱めるマイナスの方向に向っても、意味をもつ……単なる行為責任論は、行為環境以上に根強く人間を支配しているところの人格環境―そのもとで成育してきた環境―に対して眼を閉じるものであり、その意味で責任論か

ら社会性を締め出すものである。かようにして、われわれは、行為責任の背後に、さらに人格形成の責任をみとめなければならない[240]」。

刑罰は犯罪に対する非難として加えられるのであるから、本質的に軌範的・倫理的なものである。犯罪に対する非難として加えられるという意味で、刑罰は応報であるが、「しかし、また、刑罰は犯罪の規範的な意味をあきらかにすることによって一般人および行為者本人の規範意識を覚醒・強化するべきであり、その意味で刑の一般予防的および特別予防的作用をみとめなければならない[241]」。

人格責任論はごく少数の支持者しか見出せなかった。その一人に**大塚仁**（＊一九二三）がいる。大塚によると、「責任の観念が、犯罪行為について、その行為者を非難しうることと解される以上、道義的責任論には、正しい核心がある[242]」が、従前の道義的責任論が、完全な自由意思論を理論的基盤としたことは失当であり、又、個人倫理的立場において責任を理解していた点にも問題がある。「刑法における責任は、単なる個人倫理を超えた社会倫理的観点において論定されねばならないからである。こうして、相対的自由の観念を根底におきつつ、自由の範囲内にある行為について、社会倫理的観点からその行為者に加えられる道義的非難が責任であると解する、修正された道義的責任論が妥当である[243]」。大塚は、行為責任論においては、責任の基礎は明瞭であるが、責任を帰せられる主体としての行為者のもつ意味が勘案されていない憾みがあり、性格責任論には、行為者の性格そのものを直視する結果、行為者の主体性を考慮せず、責任における非難の意味を排斥する結果となっていると論じた上で、両者の止揚を目指す人格責任論を支持するが、人格形成については責任の程度を判断する段階で考慮されるべきだと論ずる。「個別行為についての行為者の

人格態度を理解するにあたっては、行為者の過去からの人格形成が問題とされなければならないことは当然である。そして、素質と環境とによって人格形成が制約されている場合には、行為者の人格に対する非難は軽減され、逆に、人格形成について素質と環境との影響の少ない領域では、人格への非難は重くなるといえよう。だが、刑法の責任論においては、この点は、責任の存否を決すべき面において問題とされるのでなく、責任の存在することが認められた後に、責任の程度を判断する段階において顧慮されるべきことがらではなかろうか。責任の存否を論ずる段階では、行為者の人格態度を背景としつつ、その主体的現実化としての個別的行為が考えられれば足りる[244]。大塚によれば、「刑罰における応報的原理を否定することはできない。「刑罰は、犯罪によって侵害された国法秩序を回復するために、国家により犯人に加えられる法的反動であり、犯罪という悪に対するものとして、その性質において、害悪であり、かつ、苦痛を内容とするものであるべきである」。この絶対主義的基幹に相対主義的基幹（有用性、合目的性）が備えられなければならない。すなわち、刑罰の目的は一般予防と特別予防である。したがって、刑罰の本質は、併合主義の立場において理解される[245]。

人格責任論の支持が広がらなかったのにはそれなりの理由がある。このいわゆるやわらかな非決定論によれば、累犯者が重く処罰されるためには、他行為可能性がどこかに位置づけられねばならない。人格責任論は生活歴における人格の形成に責任を前倒しすることによってこの問題を解決しようとした。しかし、それはもはや非決定論的行為責任論にとり決定的に重要な所為に対する責任ではなく、最終的には所為に繋がった行状に対する責任である。非難は、行為の瞬間から、行為者が、重大な瞬間に誘惑に打ち勝つための生活様式を適時に身に着けなかったという懈怠に前倒しされる。そうなると、刑法は法治国の観点から設定された枠をはみ出してしまう。なぜなら、行為者は、刑罰を

もってしては警告されえない生活態度全般に責任を負わされることになるからである（法律なければ犯罪なし）。累犯処罰（刑法第五六条以下）では、以前の行為が累積して再度非難されるが、これは一事不再理の原則に衝突する。

加えて、性格形成は実に様々な要因の影響を受けていることも指摘されよう。しかし、どの程度、行為者が間違った生活態度に実際に手を打つことができるのか否か、どの程度、行為者は他人のせいにすることができるのか否かについて、信頼できる判断は下せない。人格形成の経験科学的証明はほとんどできない。それ故、行状の個人道義的非難は実践的理由から十分な解明はできない。

### C　個別行為責任論

**a　福田説**　日本における目的的行為論の主要な論者である**福田平**は、ヴェルツェル説を基礎にして次のように論ずる。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があり、人の行為は、因果的決定に服し、この因果の法則は変更されえないが、しかし、人は、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の法則を意味にかなった方向に統制しうる。「このように、因果の法則を意味と価値とにしたがって統制しうる能力を意思の自由というならば、意思は自由であるといえよう。しかし、これは、意思が無原因であるという意味ではなく、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ものといえよう」[246]。したがって、絶対的自由意思論を前提とする古典派の「道義的」責任論も宿命論的決定論を前提とする「社会的責任論」も過去のものである。

福田は、人格責任論に対して、人格形成の過程が複雑で、有責なものとそうでないものとを区別することがほとんど不可能に近いので、人格形成にまで責任を問うことは疑問であることを指摘した上で、責任の基礎を主観＝客観の全体構造をもつものとして把握された犯罪行為に求める。「責任は、犯罪行為について、行為者人格を非難するものであり、そこでは、行為者の人格形成までを問題とするものではなく、行為当時の人格を、行為の背景として考慮すべきものである[247]」。責任非難は、構成要件該当の違法な行態をなしたことについて、行為者に対して加えられる無価値判断であるから、責任は、当然、軌範的な意味をもつ。規範的責任論からすると、義務に違反した意思があればそれだけで責任非難が基礎づけられるというわけではない。「具体的事情のもとで、適法行為の決意を期待することが可能であるのに、それをしなかったばあいに、責任非難がなされる……この具体的事情のもとで行為者に適法行為に出ることが期待できること、これが、いわゆる期待可能性（Zumutbarkeit）である。この期待可能性は、規範的責任論の立場からは、責任の限界を決定する規範的要素である[248]」。福田は、期待可能性判断の標準として、**平均人標準説**を支持する。期待可能性は、期待する主体と期待される主体との緊張関係として捉えられるべきであり、行為者にとって期待が可能かどうかを判断するに当って、期待する主体の期待の強弱が意味をもつことは否定できないが、期待可能性の有無を判断する資料は、こうした期待の強弱をも考慮に入れられた期待される者の主観的・客観的事情であるというのがその理由である[249]。福田は、従来の規範的責任論が、違法性の意識を行為の要素として理解し、故意の要素として、事実の認識・認容と違法の認識ないしその可能性をあげているのは、「故意過失は責任の種類である」という伝来的命題に拘泥したあまり、心理的活動形式としての故意と違法性の意識との差異を認識しておらず、不徹底であるとして、目的的行為論の責任論にしたがい、違法性の意識の可能性は、故意・過失とは別個の責任要素として把握されるべきだと論ずる。こうした構造をもつ責任では、責任能力、心理的責任要素としての故意・過失、違法性の意識の

可能性、期待可能性が問題となる。[250]

福田は、刑罰は犯罪に対する反動であるという意味で応報的性格を有するが、しかし、単なる応報に尽きるのでなく、犯罪人を改善し社会に復帰させることを目的とするとともに、犯人以外の一般人に対しては、その規範意識を覚醒させて、犯罪に陥らないようにすることを目的とすると論ずる。[251]

**b　西原説　西原春夫**（＊一九二八）は、先ず、違法性と有責性の区別は一般人の能力を前提とする当為と個々人の特殊な規範遵守の可能性との区別であるとした上で、責任とは、違法行為を為したことについての社会倫理的非難であると論ずる。[252] 次いで、西原は、非難というのは意思の非決定性を前提とする人間像を基礎とすること、但し、意思の決定・非決定性を実在の世界における問題として争うべき事柄としてではなく、規範の世界における問題として、いわば「仮説」として論じなければならないと主張する。「刑法の世界において事を論じた場合、意思の非決定性が結論として導かれてくる。刑法上の規範は人間に対しその規範にしたがって行動せよと命令し、かつこれを期待するからこそ、その違反に対し刑罰を科しうるのであるが、そのことは、当然に、人間が特別の事情のないかぎりその規範にしたがって意思決定しうる能力を持つことを前提とする。ということは、人間は、特別の事情のないかぎり、悪しき行為動機に対して良き行為動機を対立させ、それを抑制・克服しうる能力を持つことを前提とするわけである」。[253] 西原は、素質・環境と意思決定の関係について、精神病者の行動のように、素質的環境的要因が意思決定ないし行動に対し必然的拘束的な影響を持ったことが立証された場合には自由意思は考えられず、他行為可能性はないが、かかる影響が立証されない場合、意思の自由を想定し、非難の余地を認めることができるが、素質的環境的要因の影響の

度合いに応じて、他行為可能性の余地が伸縮し、したがって、責任の量が決まると論ずる。[254] 期待可能性の標準については、**平均人標準説**が採られる。期待可能性が特徴をもつのは、行為者のおかれた特殊な行為環境を考慮するという点までであって、それ以上に行為者の特殊の能力までを責任能力以外に顧慮することは適切でないというのがその理由である。[255]

西原は、刑罰は責任にあらわされた規範的非難の実現であり、この規範的応報は復讐の意味ではなく、単なる反作用だと解する。刑罰が社会生活の現実の中で営む機能に、**報復感情宥和機能**（被害者またはその家族、社会一般の報復感情を和らげ、満足させるという機能）、保安的機能（新たな犯罪を犯すおそれのある受刑者を社会から隔離することによって社会の安全を保障する機能）、贖罪的機能（犯罪者が罪を犯したという羞恥心を解消し、犯罪を犯すにいたった過去の自己から脱却する機能）及び予防的機能（一般人に働きかけ、これを**威嚇**することによって犯罪を防止する機能と犯人自身に働きかけ、新たな犯罪を犯させないようにする機能）の四種がある。[256]

**c　大谷説**　西原説と類似の見解を展開するのが**相対的意思自由論**に責任の基礎を求める**大谷實**（＊一九三四）である。大谷は、人間の意思は素質と環境によって制約されながら、自ら自由に決定しうる能力を有するという相対的意思自由論を出立点とする。[257] 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（道義的責任論）。[258] 大谷は、行為主義に立脚する以上、行為責任論が基本的に妥当であり、その限りで、行為に犯罪の現実的意義を認める性格論的責任論及び人格責任論を支持する。しかし、性格論的責任論は、個々の犯罪の原因が性格にあるとき責任があると解する点で、道義的責任論の立場とは相容れないところがある。人格責任論は、人格

形成の過程にまで遡るのであるが、有責に形成された人格とそうでないものとを区別することは困難であるし、行為の基礎となった潜在的人格にまで法的評価を加える点で、個人生活への不当な介入であって、この点で支持できない。「このようにして、刑法上の責任は、個別行為責任論または意思責任論を基礎とすべきであるが、個々の行為ないし意思は、具体的な行為者の人格または性格によって相対的に決定されているのであるから、人格または性格は、行為当時の意思の自由ないし主体性を判断するための要素として責任論上の意義を有する」[259]。道義的責任論の観点からは、「法の命令に従って意思決定をなしうる者が、法規範の国民に対する期待に反して違法行為を決意した場合にのみ責任非難が可能であるから、責任を決定づけるものは、責任能力、故意・過失以外の要素、すなわち期待可能性という規範的要素である規範的責任論が妥当である」[260]。期待可能性判断の標準については、行為の当時における具体的事情のもとで、行為者に適法行為をなしうる可能性があったか否かを標準とする**行為者標準説**が妥当である[261]。

大谷説によれば、刑罰は犯罪に対する応報であることを本質とし、苦痛・害悪をその内容とする。これは、「平均的な国民の道徳的確信ないし規範意識」となっている。しかし、刑罰はそれ自体として存在理由を有するものでなく、その目的は法益保護による社会秩序の維持にある。応報原理に立脚した刑罰であって初めて一般予防、特別予防の効果が生ずる。刑罰に付随する機能に、**報復機能**（犯人に非難を加え苦痛を科すことによって社会の応報感情を満足させ、一般の人々の公憤を鎮静し、被害者の報復感情を満足させる）、一般予防機能（刑罰の**威嚇**作用によって一般人に対し心理的にはたらきかけ、犯罪抑止を量る一般予防機能）、及び、特別予防機能（犯罪者を矯正し再犯を防止する特別予防機能）がある[262]。

**d　内田説**　「やわらかな決定論」から出立するのが**内田文昭**（＊一九三二）である。犯罪を原因・結果の必然的産物とみる、つまり、人間の行動を原因・結果の自然科学的因果律によってのみ決定されると説く決定論も、無原因の、それ自体において完全に他から独立した「自由意思」の存在を説く非決定論も斥けられる。いずれの立場も刑法上の責任非難を基礎づけることができない。人間が素質・環境などによる制約、教育・刑罰などによる刺激（原因づけ）を受けながらも、他の動物とは違った「行動の自由」・「選択の幅」をもっているという事実、これを説明するのが「人間の意思」である。「因果律が支配する経験的世界の、『ささやかな意思の自由』は、これを否定することができない」（やわらかな決定論）。「『やわらかな決定論』のもとでは、行為者の犯罪行為は『必然の産物』だったとしても、なお『責任非難』は可能である。すなわち、人間の実態に関するわれわれの経験上、他の平均的な人間は、当該行為者がおかれていたと全く同じ状況下にあっても、おそらく別の行為にでたに違いないという意味において、その行為者もおそらく別の意思・行為にでることが可能であったろう、という『非難』である」[263]。但し、刑法上の責任論は、行為者に対して責任を求める議論ではあるが、行為「者」そのものに非難を加えるのではなしに、個々的な犯罪（行為）を生み出した「意思」に対して法的非難を加えるものとして、「意思責任論」であり、「行為責任論」である[264]。期待可能性判断の標準については、緊急避難などの違法阻却事由に解消されうる「期待不可能性」を判断する基準は平均人の可能性（平均人標準説）であるのに対して、責任阻却事由としての「期待不可能性」を判断する基準は、行為者個人の可能性である（**行為者標準説**）[265]。

内田は、刑罰の意味を、応報と一般予防・特別予防の統合として捉えるが、そのうちでも、いわゆる適正な応報による一般予防の面を強調するべきだとする。「適正な応報」とは、行為者の法的責任によって修正された応報を意味す

る。しかも、行為者の責任は、刑罰の量を低減させる方向で機能する。[266]

**e　内藤説**　法政策的観点から相対的非決定論の立場を採る**内藤謙**（＊一九二三）は、[267]自由意思の存否（存在論）については、人間の意思決定とそれによる行為には、素質と環境によって因果的に決定された多くの制約のなかで、なお選択可能性としての自由があることを認めるという方向に傾くが、その存在の完全な証明はできないので、認識論としては「不可知論」にもそれなりの理由があるものの、「責任なければ刑罰なし」という「刑罰限定的・消極的行為責任主義」を採用すべき規範と実践の世界では、刑法を保安処分法に解消させるべきでないので、素質と環境による制約を受けつつも自由意思を肯定する**相対的非決定論**をとるべきであると論ずる。[268]但し、「『自由意思』は、選択可能性、他行為可能性があるから、非難可能性があり処罰することができるという処罰の正当化根拠（道義的責任と道義的応報刑論による刑罰の正当化根拠）としてではなく、選択可能性、他行為可能性がない（あるいはその可能性が減少しているから）責任を阻却（あるいは軽減）するという場面において意味をもっていると解すべきではなかろうか。『刑罰限定的・消極的行為責任主義』とは、そのことを意味するのではなかろうか[269]」。責任とは、「過去の違法行為（法益侵害・危険行為）についての法的非難可能性であり、その非難可能性は、他行為可能性としての行為選択の『自由』を前提とするといわざるをえない。他行為可能性がなく、因果法則によって完全に決定されつくされた過去の一定の行為を『非難できる』ということはありえないからである[270]」。内藤は、期待可能性判断の標準については、責任判断は行為者本人にとって可能なことを限界としなければならないというのが国家刑罰権の制約原理である責任主義の要請に最もよく適合するので、行為者標準説に妥当な核心があるが、しかし、行為者に他行為の期待可能性があったかどうかは完全には認識できないので、最小限に類型化した人間（行為者本人の属する類型人）を標準として判断す

るほかなく、修正された行為者標準説を基本とすべきだが、その際、類型的行為事情標準説を併せ用いることが必要だと論ずる。[271]

内藤によれば、刑罰は、犯罪行為をしたことを前提条件とし、それに対する反作用として科せられる法益剥奪（苦痛・害悪）であるという意味で「応報」であるが、そのような「応報」は経験的事実ないし存在の問題であって、それによって刑罰を根拠づけることはできず、刑罰は、犯罪防止による生活利益保護の効果をもつものでなければならない。したがって、犯罪防止のための「一般予防」効果と「特別予防」効果が重要な意味をもつ。一般予防効果と特別予防効果それ自体は、社会一般人・犯罪行為者に対する威嚇によってではなく、その規範意識にはたらきかけることによってはじめて、継続的な「効果」をもちうる。それでも、これらの効果を追求するとき、過度の刑罰を科すことになる危険がある。したがって、刑罰は行為責任を「前提条件」とし、また、行為責任を「限界」としてその限度を超えてはならないという刑罰限定的・消極的行為責任主義の原則を確立しなければならない。[272]

**f　評価**　個別行為責任論の主張者は概して相対的意思自由を前提とした上で刑罰論としては**統合説**を説く。大谷説に典型的に見られるように、刑罰の本質が応報にあること、その内容が苦痛・害悪にあること、それでも、刑罰は専ら責任のために応報として利用されるのでなく、将来の犯罪を防止するという予防目的の実現に資する限りで利用されるべきだと主張される。すなわち、応報と予防の統合説は一般威嚇予防の観点から応報への通り道を開けていると云える。[273] しかし、応報と一般威嚇予防は効果という点で一致するとしても、思考様式は全く別物である。なるほど、アードルフ・ヨーゼフ・マテウス・メルケル（一八三六―一八九六）は「応報による予防」ということを云った。

しかし、メルケルは決定論の信奉者であり、その云う応報には意思自由の個人倫理的意味をまったくもたせておらず、むしろ、社会倫理的責任概念の基礎を築いたのである。メルケルの云う「法的応報」は「支配の維持」と並んで、社会心理学的意味、つまり、人々の間に支配的な倫理的見方が反社会的勢力によって侵害されたことに対する反作用の意味をもっていたのである。[274] ノヴァコフスキーは、刑罰目的としての応報は非決定論的責任観からしか導きえないとしながら、形而上学的応報欲求がいまだ人々の間に生きているという社会心理学的事実を無視することはできず、刑罰が応報欲求として現れる法意識それ自体を取り上げねばならない、したがって、刑罰はなるほど応報でないが、応報を目的のために有しており、それ故、「応報は一般予防の手段となる」と論じたことがある。[275] ブルクシュタラーも、応報の個人倫理的正当化はできず、したがって、刑罰は応報でないが、刑罰の作用は現実には応報と感じられるので、「一般の人々の応報欲求を取り上げ、そのはけ口を作ることも刑罰の一般予防任務」に属すること、それ故、刑罰は「特別の構造をもつ統合説の意味で説明されるべきである。すなわち、刑罰は、応報として作用し、一般予防、特別予防を目的とする、特徴のはっきりした責任刑」であると論じた。[276]

しかし、応報という概念はキリスト教神学、観念論哲学において伝統的に「正しい調整」としての苦痛・害悪賦科による報復という意味で用いられてきたのであって、社会心理学的な価値意識の修復という意味では用いられてこなかった。したがって、応報をこれ以外の意味で使用することは徒に混乱を招き、適切でない。応報というのは、絶対的意味であれ相対的意味であれ、非決定論を前提とする責任解釈からしか導かれえない。そして、応報が意味をもつのは刑罰の絶対的正当化にしかありえない。ところが、意思自由は証明できない以上、意思自由は信仰の対象にすぎない。刑「法」における責任は意思自由を前提とする個人道義的非難とは無縁であるべきであり、法的責任と捉えら

れるべきなのである。したがって又、期待可能性は行為者の意思自由を前提とする個人的他行為可能性を意味しない。他者だったら他の行為をしたか否かだけが問題となるのである。法的責任から応報を導出することはできない。応報の本質は苦痛・害悪を加えることにあるが、しかし、行為者が法責任を負うことの意味は、犯罪によって侵害された法価値が無視されてはならないことにつき、行為者自身と法共同体が再確認することの必要性にある。法的価値の認識と確認というのは人々の応報欲求の満足とはまったく別物である。

法的責任概念の本質は社会倫理的非難にあり、苦痛・害悪を加えることにあるのではない。刑罰は構成要件該当行為、不法及び法的責任と関係し、意思自由を基礎とする個人倫理とは関係がない。苦痛・害悪は予防の目的と関係し、予防の刑罰目的は意思自由とは関係なく追求されうる。応報は完全に排除されるのであるから、被害者の報復（宥和）「感情」の満足というものが刑罰を正当化することもできない。なるほど、刑罰は、社会心理学的には、被害者の報復（宥和）「感情」を満足させうるが、この社会心理学的事実は刑を科することの反射にすぎず、反射を作ることは刑の目的でない。このような感情を満足させる機能を通して、いわば裏門から法的責任と何らかかわりのない応報刑が入り込むことは許されないのである。[27]

### D　非個人道義的責任論

**a　木村説**　**木村亀二**は、**性格学的責任論**を主張する。違法性は行為（意思の実現）が法秩序に違反するという客観的な無価値判断であるのに対して、責任は行為につき行為者に対して法的見地からなされる、客観的無価値判断であり、その意味で、意思の実現ではなく、意思の形成又は動機決定に対する無価値判断である。責任は意思形成の

可非難性という無価値判断である。社会的非難としての刑事責任の根拠は、「刑法規範が一定の行為を禁止・命令することにより、行為者に対して規範に合致した意思決定の義務を課し、行為者は適法な行為の決意に出ねばならないにもかかわらず、義務に違反して適法な行為の決意に出ず、違法な行為の決意をなしたことにある」[25]。しかし、義務は不可能を強うるものではないので、義務違反は責任非難の根拠ではあるが、義務違反が直ちに責任非難を可能ならしめるものでなく、「責任非難は合義務的決意に出るべく、且つ、出ることが可能であるのに、その決意に出なかったことに対する非難が責任である」[26]。この場合、責任が問題となるのは個々の行為についてであるから、刑事責任は「個別的行為責任」であり、責任は決意という意思形成についていわれるのであるから、「意思責任」であり、さらに、責任は行為者に対する非難であるという意味において、「行為者責任」でもある[28]。木村は、さらに、意思責任が個別的行為責任にも行為者責任にも結合しうることを詳論する。「行為は行為者の性格の徴表であると同時に、行為者の人格の有意味的表現である。そのような性格と人格に根ざし、因果的に決定せられながら、有意味的に決定する人格者の行為に対して責任非難が可能であり且つ意味を持つのであるから、刑事責任は単純に行為者から抽象せられた行為を対象とする行為責任でもなく、又、行為から抽象せられた行為者を対象とする行為者責任でもなく、行為を行為者との連関において評価するところの責任に外ならない。そのような意味において、刑事責任は、言葉としては必ずしも適切とはいいがたく、又、批判がないではないが『性格学的責任論』（charakterologische Schuldauffassung）の見地の下に理解せらるべきである」[29]。木村は、行為者の危険性は責任の存否ではなく、分量に関係すると論述する。刑事責任は無価値判断であり、価値は否定せられるか肯定せられるか以外ではありえず、したがって、責任は分量的区別を許さない。責任の軽重は、「有責とせられた上でのことであり、その軽重の分量・程度は責任概念そのものによって定まるものでなく、責任の実質としての反社会的性格の分量・程度によって決定せられる。反社会的性格は無価値判断が加え

られるところの行為者の性格を意味し、危険性をいう。危険性は責任の軽重を決定するものではあるが、無価値または無価値判断としての責任そのものではない」[282]。木村は、責任の根拠たる義務違反は行為者が合義務的に適法な行為の決意に出ることが可能である場合に存在し、それが不可能な場合には義務違反はないので、適法行為の決意の可能性がないとき、責任が阻却されること、「社会の一般人（平均人）」を期待可能性判断の標準とすべきと論ずる[283]。

木村は、刑罰について、文化の世界は意思の世界であり目的の世界であるから、本質と目的とを分離することは不可能であるということから出立して、教育刑（＝改善刑＝再社会化刑）論を展開する。その要点は、①文化の進展という点で、刑罰は理性と目的とによって統制せられた合理的・合目的なものとならねばならず、その意味で、教育刑論は目的刑論であり、その刑罰の目的は、社会の秩序と平和を保護し防衛するところにあるから、「社会防衛論」でもある。②刑罰は、配分的正義に基づいて、刑罰の内容が合理化せられ個別化せられねばならない。③刑罰をもって、悪に対して善をもってするものでもなく、悪に対して悪をもって報復するものであってもならず、悪をなした犯人を善導して再び有用な社会の一員にまで復帰させるものでなければならない[284]。

**b　平野説**　既述のように（1(3)Ｃｃ）、**平野龍一**はやわらかな決定論から出立して**性格論的責任論**（**実質的行為責任論**）を展開する。平野にとって、責任主義というのは、犯罪行為者に、刑罰が影響を及ぼしうるような心理的要素があるときに限って処罰することを意味する。そして、責任主義は、「責任なければ刑罰なし」という原則（消極的責任主義）であり、「責任あれば刑罰あり」（積極的責任主義）という原則でなく、犯罪の成立を限定する原則であって、犯罪の成立を拡張する原則ではない[285]。平野は、常習犯人に行為責任の範囲を超えて刑罰を科してよいかという問

題に、性格論的責任論をもって答える。責任主義というのは、伝統的に、行為責任主義を意味していたが、その場合でも、人格及び環境を全く考えないわけでなく、自由意思をごく単純に考えれば、結果を認識していた以上、結果の重さに応じた行為責任が問われる。これは形式的行為責任と呼ぶことができる。「しかし現実には、同じように結果を認識していた場合でも、その行為に出た背後には、種々の事情がある。行為者の人格及び環境あるいは過去の経歴等からみて、そのような行為に出たことがある程度やむをえないという場合もあるであろう。このように行為の背後に、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、実質行為責任と呼ぶ[286]」。

平野は刑罰の正当化根拠としては相対的応報刑論を主張する。刑罰が、犯人を含めて一般の人々が犯罪に陥ることを防止する効果があり、そのために必要である場合にだけ刑罰は正当化される。刑罰には一般予防効果と特別予防効果がある。平野は、刑罰の内容は苦痛ないし害悪であることを前提として、一般人が犯罪に陥ることを抑止する効果（Deterrence）と犯人の再犯を防止する効果（Intimidation）があり、両者を併せて抑止刑論と呼ぶが、刑罰の内容である苦痛そのものによってではなく、それ以外の方法で再犯を防止する効果があり、これを改善刑論と呼ぶ。もっとも、犯罪防止の効果があれば、どのような刑罰でも正当化されるのでなく、犯罪の軽重に応じた刑罰だけが正当化される。そして、他に犯罪を防止する方法、たとえば、民事上の制裁あるいは社会的非難でことが足りるならば、なるべくそれらの方法によるべきであり、刑罰を用いるのは、必要やむをえない場合に限るべきである[287]。

**c　堀内説**　責任の本質を非難可能性に求めるのでなく、犯罪防止という実質観点から捉える、展望的「**非難な**

き責任」を唱導するのが**堀内捷三**（＊一九四二）である（そのいわゆる**実質的責任論**）。堀内は、規範的責任論が非難の契機を他行為可能性に求めたことにつき、それは、行為者にその具体的な状況の下で他行為可能性が現実にあったということでなく、その具体的状況の下で、一般人になら他行為可能性があったから、行為者にも他行為可能性があったはずであり、行為「すべき」だったということであるが、しかし、このような具体的・現実的他行為可能性からの非難の内容は空疎であり、行為者個人の責任を基礎づけるには十分でないと論ずる。[288]「行為者の責任は非難に代わり、予防という目的に基礎を置かなければならない。他行為可能性が一般人のそれであるならば、この一般人とは刑法の目的に理解を示し、法益の保護と行為者の改善を通した犯罪の予防に貢献する用意のある市民（法的一般人）である。行為者の責任はこのような観点の下に追求されるのである。ここに、予防目的が責任において実質上重要な役割を果たすことになる」。[289] 但し、責任と刑罰は均衡しなければならず、責任は刑罰の超えることのできない限界である（刑罰限定機能）。予防が刑罰を必要としないとき、責任は阻却ないし減軽される（消極的予防主義）。責任の判断は、行為者の諸事情を基にして、一般人の観点から行われる（客観説）。[290]

平野説の孕む問題点は既に指摘したのであるが、平野説も堀内説もその孕む問題は上述したヤコプス説に対する批判（2(1)Ｂｅｂｂ）を想起させる。それらの説は責任を展望的に見ることにより、責任と予防を結びつけ、これにより、回顧的な責任非難による刑罰の限定作用という責任主義の一つの重要な機能を決定的に失わせることになるのである。

**ｄ　増田説**　増田豊（＊一九四八）は、認識的非決定論に依拠する認識論的自由意志論に基づく「批判的責任論」

を提唱する。すなわち、存在論レヴェルにおいて決定論あるいは非決定論のいずれが真であるかという論争は、人間の認識能力が不完全であるため不毛であり、又、近時の脳科学・神経科学の成果を踏まえた上で仮に存在論的決定論が真であるとしても、人間の認識能力が不完全であるため将来の出来事を完全に予測することは不可能であり、そうすると、いまこの時点では事前的観点からは出来事は完全に決定されているように見えないという状況が存在するということに対応して、認識的非決定論の立場が相対的に優れている。これに依拠して自由意志が構成されるべきである。したがって、自由意志の存否には、「別様の可能性（選択の可能性）」、「合理的決定性」及び「起動者性」という三要素から成る基準があるが、このうち、「別様の可能性」というのは、「同一の事情の下における別様の可能性」ではなく、「類似の事情の下における別様の可能性」を意味する。硬い決定論からすると、「同一の事情」の下では別様の可能性はないので、決定論と自由意志の両立を認める立場からは「別様の可能性」を「弱い別様の可能性」、つまり、「類似の事情」と理解する。[291]

認識論的自由意志のモデルに依拠する批判的責任論の梗概は次のようなものである。①無条件的な自由意志は幻想であるから、行為者個人に「究極の責任」ではなく、「一応の責任」しかと問いえず、したがって、死刑という「究極の刑罰」を科することもできない。②「一応の責任」ということから、「積極的応報論」ではなく、「消極的応報論」が導かれる。「予防上の必要性」は、「刑罰的賢慮」のトポスから行為者に有利な方向で考慮される。③個人の責任を追及する側の責任としての「メタ責任」を問題とすべき余地が広がる。メタ責任とは、市民社会の構成員一人ひとりが犯罪を防ぐことができなかったことに対する責任であり、そのリアクションとして、事件の平和的解決、将来の犯罪防止のための反省的・批判的な「熟議」が無制限的に求められる（批判的責任論）。④「市民刑法」と「敵対刑法」と

の二元論は拒絶される。[292]

注

(225) 牧野英一『刑法総論上巻』[第一五版] 一九五九年・一頁以下、同『刑法総論下巻』[第一五版] 一九五九年・四九五頁以下。
(226) 牧野（注225。下巻）五二四頁。
(227) 牧野（注225。下巻）五三〇頁以下。
(228) 牧野（注225。下巻）五三二頁。
(229) 牧野（注225。上巻）四四頁。
(230) 牧野（注225。上巻）四四頁。
(231) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』[第六版] 一九五二年・一八頁。
(232) 小野清一郎『刑罰の本質について・その他』一九九五年・九五頁以下。
(233) 小野（注231）一三七頁以下。
(234) 小野（注231）一二頁。
(235) 小野（注231）二一頁。
(236) 小野（注231）三七頁。
(237) 人格責任論の先駆的業績として、島田武夫『刑法の基礎的理論』一九三三年・二五八頁以下、安平政吉『人格主義の刑法理論』一九三八年・一頁以下、不破武夫『刑事責任論』一九四八年・七頁以下。その他、井上正治『刑法学（総則）』一九五一年・一一〇頁以下。参照、大谷實『人格責任論の研究』一九七二年・一八六頁以下。
(238) 團藤重光『刑法綱要総論』[第三版] 一九九〇年・二五八頁。
(239) 團藤（注238）二六〇頁。
(240) 團藤（注238）二六一頁。

(241) 團藤（注238）四六八頁以下。
(242) 大塚仁『刑法概説（総論）』［第四版］二〇〇八年・四三九頁。
(243) 大塚（注242）四三九頁。
(244) 大塚（注242）四四二頁。同旨、佐久間修『刑法講義総論』一九九七年・二三七頁「個別的行為が犯人の人格を徴表するとしても、人格形成過程は、直接的な責任非難の対象でなく、むしろ、間接的に、刑を加重・減軽する事情として考慮すべき」。
(245) 大塚（注242）五〇頁以下。
(246) 福田平（注84）八七頁。*H. Welzel*, (Fn. 82), 49（邦訳、福田平／大塚（注82）六八頁）。
(247) 福田平『全訂刑法総論』［第五版］二〇一一年・一八七頁。
(248) 福田（注247）一九〇頁。
(249) 福田（注247）二二一頁。
(250) 福田（注247）一九〇頁。
(251) 福田（注247）三二四頁。
(252) 西原（注93）四三六頁。
(253) 西原（注93）四三九頁。
(254) 西原（注93）四四〇頁。
(255) 西原（注93）四八二頁以下。
(256) 西原（注93）四八三頁以下。
(257) 大谷（注1）三七頁。
(258) 大谷（注1）三一二頁。
(259) 大谷（注1）三一四頁。
(260) 大谷（注1）三一六頁。
(261) 大谷（注1）三六〇頁。
(262) 大谷（注1）四二頁以下、五〇九頁。
(263) 内田文昭『刑法Ⅰ（総論）』［改訂版］一九八六年・二二三頁以下。

(264) 内田（注263）二二五頁。
(265) 内田（注263）二五三頁以下。
(266) 内田（注263）四六頁。
(267) 内藤（注7）一一二頁以下「法制度を、個人の尊厳（……）の承認を根本原理として、個人の尊厳の条件としての個人の生活利益と多数の個人の相互の生活利益とを保護すること、および、個人の尊厳によって基礎づけられる権利と自由（その意味での『人権』）を保障することを目的とする制度とみるとき、そのような法制度は、行為選択の自由を含む自己決定という意味の『自由』を、個人の尊厳と結びつくものとして、前提にしていると考える。だからこそ、犯罪予防という刑罰目的追求も、過去の犯罪行為についての自己決定の範囲内での非難可能性、すなわち、『責任』を『前提条件』とし、『限界』とするのではなかろうか。そのために問題とする『責任』とは、まず、過去の犯罪行為についての非難可能性であり、その非難可能性は、他行為可能性としての行為選択の自由を前提とするといわざるをえないであろう。行為選択の自由がないとき、過去の一定の行為を『非難できる』ということはありえないからである」。参照、曽根威彦『刑法総論』［第四版］二〇〇八年・一三八頁以下、中山研一『概説刑法Ⅰ』［第二版］二〇〇〇年・一四五頁、浅田和茂『刑法総論』二〇〇五年・二七四頁。
(268) 内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』［オンデマンド版］二〇〇一年・七七九頁以下。
(269) 内藤（注268）七八四頁。
(270) 内藤（注268）七八五頁。
(271) 内藤（注268）一二一三頁。
(272) 内藤（注1）一二五頁以下。
(273) フックスも、現代の世俗国に正義の実現のために応報を加える権能は認められないので、応報というのは一般予防、特別予防といった刑事政策目的と並んだ刑法の独立した目的とはいえないとしながらも、「但し、応報思想が**今しがた説明した法確証を通って刑罰目的に**流れ込むことを看過してはならない。しかし、このことは絶対的刑罰論の意味での応報目的と混同されてはならない。すなわち、刑罰によって応報が加えられる限り、これは正義のためでなく、**合理的目的の達成のため**なのである。応報は、必要な限り、一般予防の手段になるのであり、応報の実現はこの一般予防目的設定に拘束されている」と論ずる。*Fuchs*, (Fn. 4), 2. Kap Rn 17. なお、ロクスィーンは、応報を排除した上で、特別予防と一般予防を統合した**予防的統合説**を展開するが、これは本文で説明した統合説とは異なる。*Roxin*, (Fn. 8), § 3 Rn 37 ff.

(274) *A. J. M. Merkel*, Die Lehre von Verbrechen und Strafe (hrsg. v. *M. Liepmann*), 1912, 89 ff., 197 ff., 209 ff. Vgl. *Moos*, (Fn. 35), 305 f.

(275) *F. Nowakowski*, Freiheit, Schuld, Vergeltung, in: Rittler-FS, 1957, 55 ff. Vgl. *Moos*, (Fn. 35), 306 f.; *ders.*, (Fn. 17), 194 ff.

(276) *M. Burgstaller*, Sinn und Zweck der staatlichen Strafen (Thesen), in: *Postner* (Hrsg.), Strafrecht, Vergeltung oder Versöhnung, 1983, 53 ff. Vgl. *Moos*, (Fn. 35), 308; *ders.*, (Fn. 17), 196 f.

(277) Vgl. *Moos*, (Fn. 17), 190 ff.; *ders.*, Richter und Strafrechtsreform, JBl 1996, 345 ff., 354.

(278) 木村（注65）三〇二頁。同旨、川端博『刑法総論講義』［第二版］二〇〇六年・三九〇頁以下。

(279) 木村（注65）三〇二頁。

(280) 木村（注65）三〇三頁。

(281) 木村（注65）三〇四頁、同『刑法読本』［全訂一二版］一九七一年・二二二頁。

(282) 木村（注281）二二四頁、同（注65）三二七頁。

(283) 木村（注65）三〇五頁、同（注281）二二六頁。

(284) 木村（注281）三三六頁以下、同（注65）四六頁以下。

(285) 平野（注1）五二頁以下。

(286) 平野（注1）六一頁以下。同旨、西田典之『刑法総論』二〇〇六年・一九三頁。

(287) 平野（注1）一九頁以下、平野龍一『刑法概説』一九七七年・六頁以下。

(288) 堀内捷三「責任主義の現代的意義」警察研究六一・一〇（一九九〇）三頁以下、一〇頁、同「責任論の課題」（芝原邦爾他編集『刑法理論の現代的展開』所収。一九八八年）一七二頁以下。

(289) 堀内捷三『刑法総論』［第二版］二〇〇四年・八七頁以下。

(290) 堀内（注289）八八頁。

(291) 増田豊「脳科学の成果をめぐる自由意志論争と刑事責任（続）—神経科学者と哲学者とのディベート—」『法律論叢』七九・六（二〇〇七）一頁以下、一六頁以下。同『規範論による責任刑法の再構築—認識論的自由意志論と批判的責任論』二〇〇九年。

(292) 増田（注291）二二頁以下。

# Schuld (4)

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) Deuschland
A. Frühere Lehre (Bd. 50, Nr. 3/4)
B. Der Schuldbegriff von heute
a. Müller-Dietz
b. Jescheck
c. Bauman/Weber/Mitsch
d. Schöch
e. Der funktionale Schuldbegriff
aa. Roxin

bb. Jakobs
cc. Streng
dd. Merkel
f. Der Charakterschuld
g. Das Strafrecht ohne Schuld
(2) Österreich
A. Frühere Lehre
B. Der Schuldbegriff von heute
C. Die Zumutbarkeit als allgemeiner Entschuldigungsgrund
(3) Die Schweiz (Bd. 51, Nr. 1)
(4) Japan
A. Die charakterlistische Schuldlehre der modernen Schule
B. Die individualmoralische Schuldauffassungen
a. Die staatssittliche Schuldauffassung
b. Die persönlichkeitsschuldauffassung
C. Die Einzeltatsschuldauffassung
a. Fukuda Taira
b. Nishihara Haruo
c. Ohya Minoru
d. Uchida Fumiaki
e. Naito Ken
f. Eine Zwischenbilanz
D. Die nicht individualmoralischen Schuldauffassungen
a. Kimura Kameji
b. Hirano Ryuichi
c. Horiuchi Shozo
d. Masuda Yutaka (Bd. 51, Nr. 2)

(Die Fortsetzung folgt.)