

タイトル	責任 (3)
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究, 51(1): 1-41
発行日	2015-06-30

# 責 任 (3)

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

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

(4) 意思形成における心理的現象

    f 評価

    e 中山研一

    d 福田平

    c 平野龍一

    b 團藤重光

    a 木村亀二

    c スイス

    C 日本における意思自由に関する学説

(以上第五〇卷第二号二〇一四年)

(1) ドイツにおける責任概念の変遷

A 歴史の経緯 (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・ディーツ説

b イエシエック説

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 ロクスイーン説

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 歴史の経緯

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

(以上第五一巻第一号二〇一五年)

B 現在の責任概念

既に見たように、現代刑法においても責任主義が刑法の支柱であることは広く認められているが、責任主義の内容については依然として論争の一大主題である。責任という概念は、神学、哲学等でも重要な概念であるが、ここでは、刑法(学)上の責任について、以下、その内容に関する主なる学説を概観する。

a ミュラー・ディーツ説 ハインツ・ミュラー・ディーツ(\*一九三一)によれば、<sup>39)</sup>刑法の責任というのは、違

法行為に結びつけられている以上、所為関係的である。行為者に責任がみとめられるのは、行為状況において他行為可能性の能力があった場合である。「責任非難の前提は、……行為者が規範適合の行為をする決定ができたことである。非難の対象は自由な自己決定権の誤った濫用であるから、責任非難は概念必然的に人間の意思自由を前提

とする。その際決定的なことはひとえに個別行為者の能力と可能性である」。個別行為責任と他行為可能性の能力ということから、性格学的（性格責任、人格責任）、素質的（素質責任つまり性癖責任）、心理学的（行状責任、生活決定責任及び生活形成責任）に構想された行為者責任概念は刑法とは無縁である。ミュラー・ディーツの責任概念からは、「行為者に規範適合の行為がなるほど可能だが、しかし、場合によって、無理な要求ができない場合」、つまり、期待可能性が問題となる。ミュラー・ディーツは、行為者の責任を虚構したり（「国が必要とする擬制」、（非現実の）平均人で量ったり、責任認定を訴訟法上制限すべきとする要求を斥け、「むしろ、行為者自身を、行為者の社会的振る舞いに従う比較人として関係客体として選ぶ可能性しか残っていない、行為者の——どのみち究明できない——一回限りの具体化、個別化に従うのでない」として、更に次のように詳論する。「この途を歩むのが、まさに人間の認識能力の限られていることを示唆するヴェルナー・マイホーファー（一九一八—二〇〇九）<sup>(10)</sup>の意味での『社会的責任』論である。行為者の社会人としての関連性、行為者自身の社会的成長といったものが、これらは生活史において職業、家庭等における行為者の様々な『役割』に現れているのだが、個別事例における帰属可能性を決める有用な尺度を提示するのにもつとも適しているように思われる。それは一方で行為者人格を考慮することを放棄するように強いるものでもないし、裁判官の認定のできないことを虚構することを強いるものでもない。しかし。まさに個々の行為者人格との関連性が依然として存在するのであるから、『社会的責任』という言葉的にまずい用語よりも個人責任といった表現を用いるべきである」。本説は意思自由を前提とした責任概念を展開するが、その帰結は次に扱うイエシエック説及びオーストリアの通説的責任概念に近い。

b イエシエック説 ヴェルツェル説では、違法性判断の対象と責任判断の対象は同一の行為意思であつて、ただ、

違法性判断では当為に反するとして、責任判断では非難可能と評価されるのであるが、ハンス・ハインリッヒ・イエシエック（一九一五—二〇〇九）によれば、責任判断には独自の関係客体がある。すなわち、責任判断の対象は、そこから所為への決意が生ずる、違法の所為に現れた、法的に欠陥のある心情（非難に値する法心情）に関連した違法の所為である<sup>(4)</sup>。法心情（Rechtsgesinnung）は市民の社会秩序の実践的確認のために不可欠な性質である。法心情は人倫的心情と同じ意味ではない。法規範による倫理的拘束ではなく、法規範の妥当性への洞察が問題となっているからである。責任は、法心情の非難に値する欠如であり、これが構成要件該当で違法な行為に現れたのである。この欠如には程度があり、規準となるのは意思形成の諸動機の高低ある価値である。それ故、責任は、不法と同じく、漸増概念である。法心情が容認できないほど欠如していると準拠点があり、準拠点に責任概念の様々な要素が合わせられるべきであり、準拠点からこれらの要素が理解されるべきである。

責任非難を根拠づける規準として、行為者が個人的に「手を打つことができること（Dafür-Können）」つまり、被告人として法廷に立つ個人が法秩序の要求に沿った行為ができたか否かをもち出すことは適切でない。この問いに答えることはできないのは、もとより、特定の人、具体的所為にとつて意思自由の存在証明ができないからである。所為に現れた法心情の欠如を評価する規準として考慮されるのは、「他人」なら手を打つことができること、つまり、年齢、性別、職業、体質、精神的能力及び生活経験から行為者に等しく考えられるべき「法的に保護された価値と結びついた規準人」なら手を打つことができるということである（社会・比較尺度）。身体上の欠陥、理解力の欠陥それに人生経験不足が行為者に帰責できないのは、行為者がこれにはいかんともなしがたいからである。法秩序が平均的市民から期待している程度の法心情、注意及び意思力に及ばないということは行為者の責任をなすが、それは行為者が

これらの要求にこたえなかったからである。イエシエックにあつては、平均人の一般的可能性が行為者の個人的可能性の尺度に転換されているのでなく、同様の事件で確かだと保証される経験から、具体的事件における行為者の自己制禦能力が推測されるのである。

イエシエックの責任概念からすると、嘗てエーバーハルト・シユミットがしたように、期待可能性を根拠づけるのと同じ規準によって期待不可能性という一般的免責事由を認めることになりそうである。しかし、イエシエックは、主観的期待不可能性論だけでなく、平均人の動機づけ能力に基づく期待不可能性論も一般的免責事由としては認めない。イエシエックによると、ライヒ裁判所が、「現行法によると、故意犯罪の行為者には法律に定められた免責事由以外の免責事由というのは認めることができない」と説示した後、刑法は責任領域において、なるほど意思形成の評価にあわせられねばならないが、しかしそれでも形を整えて、法律に定められておらねばならない規準を必要とするという認識が、学界でも定着した。期待不可能性という超法規的免責事由は、主観的に理解されようと客観的に理解されようと、刑法の一般予防効果を弱め、法の適用において不安定をもたらすことになる。「期待不可能性」は役に立つ規準ではないからである。さらに、免責事由というのは法律の体系からすると拡張適用のできない例外規定である。厳しい生活状況においてすら、社会は法服従を要求できなければならない。当事者からかなりの犠牲が要求される場合であつてもそうである。

違法性の検証では、顕現した行為意思が法秩序と一致しているか否かが問われる。責任の検証では、所為に現れた心情が行為者の法に対する非難に値する態度の表れと見られねばならないか否かが問われる。但し、免責事由という

のは、行為者の責任の欠如で専ら説明できるものでなく、所為の不法の程度と責任の程度双方の減少に基づいているという点で、二重の地位を有している。立法者は、この不法と責任の二重の減少から、免責事由に当る所為は処罰に値せず、それ故、不処罰とせざるを得ないという帰結を引き出す。

すなわち、責任能力と違法性の意識は責任根拠づけ要素である。行為者が責任無能力とか避けることのできない禁止の錯誤の状態で行為をしたとき、はじめから責任が欠如する。それ故、責任無能力と避けることのできない禁止の錯誤は責任阻却事由 (Schuldausschließungsgründe) である。いずれの場合も、法心情の欠如が非難に値するとは云えない。行為者には、所為の不法を洞察する、ないしこの洞察にしたがって行為することができないからである。それ故、違法な行為意思の形成もその活動も責任非難の対象たりえないからである。免責事由 (Entschuldigungsgründe) というのはこれとは異なる。それは所為の不法内実と責任内実の減少をもたらしはする。しかし、不法は完全に消滅するわけではない。結果不法は、緊急避難や過剰防衛に見られるように、他人の利益を犠牲にして自分の利益を保護した分だけ減少し、行為不法は行為者の追求する正当な目的によって減少するに過ぎない。不法減少は間接的に責任減少をもたらす。さらに、本来の所為の責任内実が減少するのは、行為者が、規範に則った自己決定をすることを完全に不可能にしているわけではないが、しかし、著しく困難にしている異常な状況におかれているからである。したがって、二重の責任減少と云えるが、完全に責任が阻却されるわけではない。行為者の責任能力も禁止の認識も、所為において存在する例外状況において除去されるわけではないからである。立法者は、免責事由があるとき、当罰性の域に達していないことを理由に、不処罰の効果を与えたのである。

期待可能性、期待不可能性というのは、個別事例で重要なすべての事情を考慮し、正しく判断するように裁判官に指図する「調節原理」に過ぎない。しかし、内容的にそれほど不定の原理で満足する必要は無い。というのは、免責事由の規準は、法定されている場合、決して不定だとは云えないし、超法規的義務衝突の場合でも、学説によって具体的規準が開発されている。

c バオマン／ヴェーバー／ミチュ説 ユルゲン・バオマン（一九二二—二〇〇三）等は、責任を行為者の欠陥のある意思形成に見る。行為時点において十分な個人的制禦能力を有していること、したがって、適法な行為選択肢を遂行することが行為者には可能だったし、期待できたにも関わらず、行為者は具体的状況において行為をし、それにより刑法上の不法を実現したということ、この事実が行為者の非難を可能とする。行為者に非難可能なのは所為の基礎にある非難に値する精神的態度である。しかし、行為者が処罰されうるのは、その内的態度の故でなく、これによってつくり出された犯罪行為の故である。心情は犯罪行為に表れるのであって、このことだけが行為者の非難を可能とする。決定的なのは、行為者が行為に代わることができたということである。したがって、行為者に法義務侵害が主観的に回避可能だったか否かという問題も重要である。さらに、責任非難の程度、つまり、どの程度行為者が犯罪行為のときに法秩序から、それ故、われわれの価値観念から離れていたのかも考慮されるべきである。<sup>④</sup>

このようにバオマン等はイエシエック説と近い責任概念を展開するが、しかし、イエシエックとは異なり、責任阻却事由と免責事由を区別する実質的根拠は存在しないことを前提に論ずる。<sup>⑤</sup>規範に則った行為を要求することのできない状況というものが生じうる。こういった場合、刑法は一般的な人間的弱さを前にしり込みし、超人的なものを要



求しない。すなわち、責任非難の前提には、規範に則った行為が人に実際に期待できるということである。逆に、規範に則った行為が期待できないとき、責任は無くなる。正当化事由の場合、凡そ考えつく限りの全ての正当化規範に共通の一つ又はいくつかの根源を見つけたすことは、法益の多様性、それぞれの保護範囲の多様性のために、できないが、責任阻却事由はすべて規範に則った行為の期待不可能性の思想に帰着する。そうすると、期待不可能性が認められるとき、法定の責任阻却事由を超えて、ごく一般的に、責任阻却を認めることも考えられる。しかし、通説に依れば、期待不可能性を責任阻却事由として一般的に認めると、法秩序の解体が生ぜざるを得ないが、しかし、一般的に拒否すると、責任原理の侵害が生ぜざるを得ないので、責任阻却事由としての他行為可能性の期待不可能性というのは過失の作為犯と不真正不作為犯に限定される。バオマン等は、通説を更に進めて、行為者が第三五条の責任阻却事由と似た強さの強制状況の中にあるとき、作為犯か不作為犯か、故意犯か過失犯かを問わず、他行為の期待不可能性を責任阻却事由として認める。法律が一般的に故意作為犯の行為者に規範侵害の不作为を期待しているときでも、これは、抵抗しがたい強さの動機づけが行為者を所為へと強制するときには妥当しない。但し、この種の強制状況を認めるに当って寛大に過ぎてはならない。結局、バオマン等は、超法規的責任阻却の余地があることを認めるが、しかし、期待不可能性を一般的責任阻却事由として承認しているわけではない。

d シエヒ説 ハイנטツ・シエヒ(\*一九四〇)は、責任概念を規範的応答可能性と自由の意識を結合して理解する<sup>(16)</sup>。自由の意識が社会的共同生活及び答責の帰属において有する中心的役割に鑑み、この主観的自由が刑法の責任概念に取り入れられねばならない。全ての人間は他の決定もできるという意識をもって行動するのであるから、自由の意識というのは、日常生活において経験される精神的、社会的事実である。人は痛みを痛みの体験としてしか感じられない

いのと同様、決定の自由に対応するのが他行為可能性の意識である。法律に規範的応答可能性として前提とされているのは制禦能力の主観的確信である。自由の意識は実際の決意選択肢の個人的活動余地をつくり、行為する者に規範的期待を向ける可能性も開く。一九五二年のドイツ連邦通常裁判所の決定を変形して次のように云うことができる。「人間は、自由の意識をもって行動する素質を有しているから、いつでも答責のある決定をしていることを思い起こされる。……自由の意識は決定論や非決定論を信奉することとは関係がない。何かをするべきか、何かをするべきでないかを熟慮する人間にとつて、それへと決定されているか否かは全くの理論的問題である。人間は、他の決定もできたという意識をもちながら、自分で正しいと考えるように決定するだろう」。この他行為可能性の意識というものが主観的責任非難の決定的基礎となっている。この主観的に経験的・規範的な責任概念によれば、行為者が非難されるのは、行為者には自分の視点から、法に組し、不法に抗する決定を下す可能性があつたにもかかわらず、適法な行為をしなかつたということなのである。この規範的応答可能性と主観的自由の組み合わせは決定論的世界像とも矛盾しない。決定論者でも、精神的疾患がないかぎり、日常の決定を自由の意識もつて下していることを否定できない。結局、個人的責任判断の二つの必要な要素が問題となっている。一方で、自由の意識は行為者の視点から、なぜ自分が違法な行為に責任をとらされるのかの基礎づけをし、他方で、規範的応答可能性という構想概念は刑法秩序の視点から、なぜ意思自由の証明不可能性にもかかわらず、精神的健全者がその行為の故に責任をとらされるのが正当なのかの基礎づけをする。

本説は、一人称の視点から自由の意識の存在が責任を基礎づける。しかし、本説は、人の行動決定には意識だけでなく、無意識も重要であることについて触れていない。さらに、自由の意識は時間的に変化しうるのである。行為者

に、犯行時点では他行為可能性があつても、後の時点で振り返ると、他行為可能性はなかつたと意識しうる。しかも、自由の意識があるということは、現実にとどの程度の自由があつたのかについて何も云わないのである。<sup>(16)</sup>

### e 機能的責任概念

aa ロクスライン説 ドイツでは、責任原理は刑罰の上限を画する機能だけを有し、刑量を定めるのは専ら予防の観点であるという見解が有力である。一九六六年の「刑法代案」第五九条第一項は、「行為責任が刑の上限を画する」と定め、同条第二項は具体的刑量を専ら予防の目的に従うと定めた。その理由書には、「応報思想を防止したい」という消極的理由が挙げられている。代案教授陣の一人であるロクスライン<sup>(17)</sup>は、犯罪概念の要素は刑事政策の目的設定と一致しなければならぬこと、構成要件は法律の明確性という主導動機と向かい合わせられること、正当化事由で問題となるのは、限られた数の秩序原理によつて行われるべき紛争解決であること、責任は、「刑事政策的に刑罰目的理論から影響を受ける」こと、とりわけ、責任阻却事由は期待可能性の考慮に基づくだけでなく、刑罰がこういった場合一般予防からも特別予防からも必要でないということに基づくと論ずる。それ故、ロクスラインは、責任原理を「刑罰を限定するための手段としての」機能に限定する。これによつて、刑法の責任論は意思自由に依存しなくてもよいことになる。従前の責任(Schuld)を刑罰の予防的必要性の範疇によつて補充し、両者を「答責(Verantwortlichkeit)」という新しい体系概念で一括する。これがロクスラインの説く機能的責任概念(funktionaler Schuld begriff)である。責任は、国の刑罰権力の柵に過ぎず、実質的には、「規範的応答可能性があるにもかかわらず不法の行為をする」以上のものではない。すなわち、責任はもはや刑罰根拠づけの要素でなく、量刑の上限を画するものと理解され、量刑はこの限界内で専ら一般予防と特別予防の観点から行われる。

本説には次のような問題点がある。責任が刑罰の上限を画するとき、責任はこの限界内にある刑量も共規定せざるを得ない。しかし、宣告刑は、具体的量刑が予防目的に限定されることになれば、判決の下されるべき人の行為の倫理的性質への結節点を失い、結局、予防の支柱的要素が失われることになる。というのも、人間にある倫理的核心に訴えることによつてしか、有罪を言い渡された者の再社会化も一般の人々への刑罰の社会心理学的効果も望むことはできないからである。具体的刑罰を計量するための責任規準を放棄してしまうことは、責任における意思自由の問題を回避するにはあまりにも大きな代償である<sup>18)</sup>。さらに、ロクスイーンは、責任と予防の必要性を包含する答責という概念を用いることで、三段階から成る従来<sup>19)</sup>の犯罪理論体系をいわば四段階にするのであるが、それは犯罪理論体系の肥大化をもたらすに過ぎないのではないかといった点も指摘されねばならない。責任無能力(第一九条、第二〇条)と禁止の錯誤(第一七条)は責任阻却事由に位置づけられ、過剰防衛(第三三条)と免責緊急避難(第三五条)は予防的処罰の必要性に位置づけられるのである。しかし、免責緊急避難についてみれば、ロクスイーンの云うように、責任の減少だけでなく、予防の必要性が関係した規定だとしても、その適用にあたっては、裁判官は責任の存否・減少が認定されなければならないのだが、予防の必要性を認定する必要はない。立法者が最初から免責緊急避難の場合には予防の必要性がないものとしているからである。さらに、免責緊急避難の規定は専ら犯罪理論上責任の問題として扱うことも可能なのである<sup>20)</sup>。

bb ヤコプス説 さらにその先を行くのが、責任を専ら規範確認的一般予防の観点から導くギュンター・ヤコプス(\*一九三七)の責任論である。ヤコプスによれば、犯罪は侵害された規範の妥当性への一般の人々の確信を動揺させ

るのであり、犯罪に対する反作用が起らないと、規範の存立力が揺らぐ。それ故、システム理論を基礎として、「規範の正しいことを信頼することが間違っていないこと」を一般の人々に証明する機能を刑罰に与える必要がある<sup>(50)</sup>。刑罰は信頼消失の恐れを阻止するのであり、侵害された規範の妥当力を一般の人々に証明するのであり、その法的誠実性を強化するのである<sup>(51)</sup>。それ故、「規範承認の訓育」に必要な程度で責任が帰属され、刑罰が科せられる<sup>(52)</sup>。すなわち、「責任は一般予防によって根拠づけられ、この予防によって量定される」<sup>(53)</sup>。

かくして、ヤコプスに依れば、責任は貼付へと縮減されるのである。責任は、刑罰で追求される目的の達成のために必要な場合に、縫い付けられるからである<sup>(54)</sup>。この目的は刑罰規範への信頼の安定化にあるから、責任は「一般予防の派生体」<sup>(55)</sup>と性格づけられる。責任が一般予防に依存していることは、責任の内実を定めるに当って、「その時々々の社会の体制」が決定を下すというところに現れている。どの程度の社会的強制が責任を帰属される行為者に負わせられるか、どの程度の行為者の攪乱の特異性が国と社会によって受け入れられねばならないかは、関係者の間で協議して決められねばならない。すなわち、責任非難は行為者が法益を故意または過失で侵害したことに関係するのでなく、行為者が義務のある自分の「組織圏」における欠如に関係する。責任は、「関係規範に従って自らを動機づける」用意の欠如に対する行為者の「管轄」であって、「この欠如が、一般的規範信頼に影響を与えないというようには理解されない」場合に問題となる。

こういったヤコプス説はその包蔵する問題性の故に一般的に受け入れられるところとはならなかった。その主たる理由として、次の諸点が挙げられよう。①ヤコプスの責任モデルでは、本来、責任に与えられる刑罰限定機能が失わ

れる<sup>(16)</sup>。これに対しては、過剰に厳しい刑罰でなく、正しい刑罰だけが規範信頼の安定化に寄与するという反論が考えられるが、この論拠が適切かには疑問がある。一般の人々への処罰の規範安定化効果の実証的<sup>(17)</sup>説明は不十分である。次に、この論拠が適切だとすれば、そこに異なった装いを凝らした責任原理が現れることになる。次に、②ヤコプスの責任概念では、犯罪者個人が道具になってしまおうという批判が可能である。他人がその規範信頼の点で強化されるために、犯罪者個人が規範の拘束力宣言を目立たせるための見せしめとなるしかない。責任主義によって尊重されるべき人間の尊厳に反して、人が道具化されてしまう<sup>(18)</sup>。さらに、③刑罰規範の妥当力を強化するためにどの程度の刑罰が必要であるのかの精密な尺度は存在しないとの批判が可能である。これからもその尺度の開発は難しい<sup>(19)</sup>。又、④ヤコプスの責任モデルには、いわゆる潜在的機能の問題がある。この責任モデルが機能するかどうかは、規範名宛人が責任帰属の機能を見抜いていないことにかかっている。というのは、専ら規範信頼の維持ということに依拠して処罰されること、そして、帰属が個人としての行為者とは関係の無い規準によって行われるということが、あまりにも多くの人に気づかれると、まさにこのことによって規範信頼が促進されず、減少、それどころか破壊される方向に行く<sup>(20)</sup>。さらに、⑤刑罰は規範信頼の確保だけを問題としうるのだという前提そのものに疑問がある。というのは、そのためには、一般の人々は十分に刑罰の現実について情報を得ているということが前提となる。しかし、ヤコプスの積極的一般予防論は、この刑罰の効果が生ずる条件については意に介さない。これにはそれなりの十分な理由がある。刑事手続きや刑事判決の一般の人々への情報伝達の実際は規範信頼の強化に必要なものの指針に沿って行われるのである、大衆媒体の市場経済化を通して行われるからである<sup>(21)</sup>。最後に、⑥そもそも、刑罰の意味は責任から導かれるのであり、責任が刑罰の基礎であること、その逆ではないことが指摘できよう。犯罪概念における責任は、不法の相關概念として、不法からその存在を正当化されるのである。責任の重さは所為不法の重さによって限定される。責任とい

うことから、刑罰に、先ず、回顧的に責任を調整する機能が生じ、次いで、展望的に特別予防・一般予防の機能が生ずる。責任が刑罰の関数だというのではなく、刑罰が責任の帰結である。責任は刑罰の基礎に過ぎないが、責任を予防規準で方向づけることになれば、責任が既に刑罰の機能を果たすことになってしまう<sup>(16)</sup>。

ヤコプス説は、その理論上も、実証的效果証明から切り離され、絶対的刑罰論に近づく点で先鋭化する。刑罰というのは、目的を有するのでなく、規範的現実を強化するという方法で、それ自体が目的達成なのである<sup>(16)</sup>。規範的現実には、犯罪が侵害された規範の妥当性に影響を及ぼさないとすることを、人々に向けて保証するところにある。人々がこれを聞き、信じ、自分の行動をこれに従わせるかどうか、こういった実証的に把握できる外部世界の効果はもはや重要でない。刑罰は象徴的規範強化の意味しか有しない<sup>(16)</sup>。

CC シュトレング説 ヤコプスと似た結論に至るのが責任を社会的処罰欲の反映と捉えるフランツ・シュトレング<sup>(16)</sup> (\*一九四七)の見解である。これは積極的一般予防を深層心理学的に捉えるのである。本説は、個々人は規範適合の行為を禁止された努力を抑圧することによって確保されるということから出立する。個々人は自分が断念・抑圧することに、規範を無視し、断念しない者を処罰することで報われることを望む。これがタブーの維持を確実にし、断念したことに意味があったと思わせる。加えて、副次効果として、刑罰は攻撃を脇にそらせることを可能にし、復讐欲を向かい入れる。刑罰は、集合的処罰欲が満たされることで、応報を果たす目的を有する。この応報欲は、罪種、犯罪の重さ及び所為の具体的状況に応じて、大小があり、責任が帰属されるか、その程度如何を決める。したがって、責任というのは、「同朋市民の安定化欲求に基づく帰属」である。

本説に対しては、責任の刑罰限定化機能が失われるというヤコプス説への批判がここでも妥当すると云える。さらに、シュトレング説の基礎にある衝動抑圧モデルの深層心理学的解釈の一般的妥当性に疑問がある。かかる説明が全ての犯罪に当てはまるとはいえないであろう。<sup>(8)</sup>

ヤコプス説、シュトレング説の両方に云えることだが、責任を一般予防によって置き換えることは許されるべきでないのである。刑法による介入を先ずもって正当化するのは、犯罪に対する責任調整であり、評価順位を逆転させて、一般予防を優位におくことは許されない。そもそも責任と予防は異なった次元に属する。このような考えでは、個人の正義が犠牲にされてしまう。責任主義の否定は無差別の威嚇戦略に繋がる。責任と一般予防は異なった次元にある。責任では、所為が行為者に個人的に非難可能か否か、その程度如何が問題となり、一般予防では、一般の人々の法的誠実性を維持するために、有責行為の故に行為者に対する制裁が必要か否か、その程度如何が問題となるのである。<sup>(9)</sup>

責任 (3)

ddメルケル説 ロクスイーンとヤコプスの刑法学説の影響の下に展開されるのがラインハルト・メルケル(\*一九五〇)の見解である。それによると、刑法の任務は、「自由主義社会における平和な且つ豊かな共同生活を確かなものにする一般的行為規範の保障」、つまり、「規範保護」にある。法が規範侵害に対応しないとき、法は、規範妥当性の制約という損傷を甘受することになる。規範妥当性の保障人としての国が黙って甘受するということは、象徴的喝采、したがって、侵食事象の強化を意味する。それは、市民の間の法的平和秩序を放棄すること以外のなにもでもない。このことから明らかになることは、刑法による反作用の任務・意義はなによりも破られた規範の「修復」、すな



わち、「侵害された規範妥当性の象徴的回復したがってまたこれからの規範妥当性存続の保障」にある。禁止規範のシステムが機能することがなくても生存能力がありしかも生存の価値がある現代社会もこれからの社会も考えられない。「それ故、規範を侵害する行為者に対する規範防衛は行為者に責任の帰属と刑罰による負担で臨むのだが、このことは行為者が自己の所為を避けることができなかつた場合であつても不公正（不正）ではない。——但し、この特別の規範防衛形態がどうしても必要な場合、つまり、責任と刑罰を放棄できる、理に適つた且つ成果を約束する選択肢がない場合に限られる」。

続けて、メルケルは非難抜き、純粹に予防指向の措置は選択肢とならないことを論ずる。社会の安全のための特別予防戦略は原理的に刑罰の基本任務である侵害された規範妥当性の回復にそぐわない。規範妥当性の回復でも、社会の安全ということが問題となるものの、しかし、行為者からの社会の安全ではなく、法妥当性の保障による社会の安全が問題となるのである。それ故、純粹な特別予防戦略は、いかに効果的、比例的、人道的であつても、端から国の刑罰の任務を無視している。この戦略は将来の規範侵害を防止しようとするものだが、しかし、そうなると過去の規範侵害が「修復されない」状態になる。「生じた規範侵害に対して行為者がなんらかの『支払いをしなければならぬ』ということがなければ規範妥当性の信用できる修復はありえない」と。メルケル説にはロクスイーン説やヤコプス説が抱える問題点がそのまま現れていることにつき、屢述を要しないであろう。

f 性格責任論 性格責任というのは、決定論の立場から、誰にも自分を犯行へと仕向けた特質、かくあることに責任があるという構想である。エルンスト・ハイニッツ（一九〇二—一九九八）、アレクサンダー・グラーフ・ツィー・

ドーナ(？—一九四四)、カール・フランツ・ヴィルヘルム・エンギシュ(一八九九—一九九〇)等がその代表的論者である。<sup>(10)</sup>最近、性格責任論を復活させたのがロルフ・データー・ヘルツベルク(\*一九三八)である。ヘルツベルクは徹底した決定論の世界像から出発して、行為者には犯行時点において現にしかした行為以外のことはできなかったと主張するのだが、しかし、そこから責任非難は許されないとこの帰結を導出しない。むしろ、責任批判は、通過段階としての所為に向けられるにすぎないが、しかし、本来は行為者の人格に向けられる。性格形成の際の自由とは関係なく、人は自分の性格に責任をもたねばならない。<sup>(11)</sup>ヘルツベルクによれば、責任非難の内実は次のようなものである。「犯罪者に非難されるのは、個別所為にに応じて、本質的な特性、性格の欠損である、その無思慮であれ、いかなる程度でも、その悪意であれ。このことをすでに言語が明らかにしている。われわれはいわば非難の誘引に過ぎない所為を飛び越え、非難を直ちに(……)、所為に現れる性格に向ける」。例えば、ドイツ人の男友達と付き合っているトルコ人少女の兄弟がこの少女の顔を刃物で傷つけ醜くするといった事例で、兄弟甲がその父に拳銃を突きつけられて直ちに傷害行為に及ぶように命令されるといった場合と、兄弟乙が自発的にしかも家族の意思に反して傷害行為に及ぶ場合とを比較してみると、前者は免責緊急避難(刑法第三五条)として不処罰であるが、後者は処罰される。ヘルツベルクによると、通説はこの差異を自由な決定の存否で説明するが、しかし、かかる説明では認識のない過失の不作為の可罰性の説明ができない。そもそも自由であれ不自由であれ決定がないからである。おまけに、故意犯でも説明がつかない。乙は甲と同様に不自由に行為をした。甲も乙も他の行為ができなかったたのであり、当該犯行をせざるを得なかった。甲には不安が、乙には憎悪が行為を強いたのである。それどころか、甲は不安にもかかわらず決定を迷ったかもしれないが、乙はその動機づける憎悪に対抗するものもたなかったたのであり、どうしようもなく駆り立てられたのである。いずれの場合も、因果状況の中で強制された、不自由な状態で犯された不法な行為である。

しかし、行為責任論からすると、甲の場合と乙の場合を区別することはできない。両者ともに不自由において犯された所為でなく、性格こそが「責任を担わねばならない」。甲に犯行をせざるを得なくする不安は甲の本来の性質の特徴でない、つまり、個人的なものでない。甲の状況におかれた人なら同じことをするというのは普通のことである。これに対して、乙の場合には、乙に犯行動機を生じさせざるを得なくなるほどに成長した乙の人格が問題となる。宗教的・人種差別的に分別を失っていることは乙の後天的性格の特徴である。いかなる影響があつたにせよ、乙は自分の姉妹を憎しみ、傷害行為に及ばざるを得ないようになったのである。非難は所為の起源、性格そして「ただ通過的」にだけ所為自体にも「関係すると」。

本説には、個別行為が、事前にそして事後に他の行為に現れた行動素質にふさわしくない場合、「性格にそぐわない」所為はどのようなのかという問題が生ずる。こういった不一致の状況で、当該個別行為、つまり、犯罪行為が「真の」性格をとにかくも行為時点でのその状態で証明しているというふうに捉えたと、性格責任非難は独自の準拠点を失うことになる。<sup>(16)</sup>専ら性格責任だけで刑法上の責任を説明することは困難である。

g 責任主義不要論 ドイツでは、さらに進んで、責任原理を、したがってまた責任概念を無用のものとして否定する見解がある。ハンス・アヘンバツハ(\*一九四一)<sup>(17)</sup>は、法外に重い一般予防の要求を限定するためだからだといって、責任を必要としない、なぜなら、制裁の正義というものはすでに「規範的指向の意味で正しく理解された一般予防の内在的限界」(統合一般予防)によって十分に保障されているからだと論ずる。ヴァルター・カルグル(\*一九四五)は、「道徳的非難」としての責任主義はもはや日常理解にはむかないことを指摘し、さらに、「個人的に孤立させ

る帰責」というのは、社会が犯罪発生へ寄与していることを隠蔽するものだと、の異議を唱える。カルグルはまた、責任原理が前提とする自由を有しない行為者を不利益扱いすると批判する。カルグルは、未来の刑法を「専ら憲法の基礎制度」に基づかせようとする。本説に対しては、その云う三個の問題点は責任原理の枠内で考慮できることであるし、その提言も、ドイツでは責任原理が憲法上基礎づけられていることから、結局、責任原理に帰着すると批判される。ウーヴェ・シェフラー（\*一九五六）<sup>(19)</sup>は、犯罪学の観点からいかなる形態の責任原理も否定し、将来のために、本来の「社会防衛論」に近く、且つ、「不介入」と修復に方向づけられる構想を提示する。この新構想の構築は「客観的答責の原理」の例外なき適用に基づき、量刑は「比例の原理」に則って決められる。ミヒヤエル・バオルマン（\*一九五二）<sup>(20)</sup>は、責任主義には「意味論的不明確性」があり、それ故、帰責の所為関係の規準にも行為者関係の規準にも適さないとしてこれを退け、犯罪法の処分を規範的応答性にかからしめるのは法政策的要請から来るものだと、  
「所為関係的処分法」において責任原理は「社会害悪性」と行為者の「動機づけ可能性」によって置き換えられるべきだと論ずる。しかし、これらの提言は、刑法が果たす行為者の人権保障機能を十分に評価していないし、それに行為者及び一般の人々の正義の要求に応えることもできない。<sup>(21)</sup>

近時は、脳神経生理学の研究成果を踏まえた責任主義不要論が展開されている。グリシャ・デートレフゼンは犯罪に対する法律効果を回顧的でなく、展望的に捉える処分法を提案する。「脳科学の知見から治療的処分への途が示される」と。<sup>(22)</sup>これに対し、タチャーナ・ヘルンレ（\*一九六三）は、責任非難を放棄して、不法非難に焦点を合わせ、「責任非難なき刑事罰」を提唱する。その要旨は次の通りである。責任非難（Schuldvorwurf）という考えは構想の上でも概念的にも維持できない。しかし、そこから刑事罰は廃止されるべきだということにはならない。行為者が自分

の行為に責めを負うということ（答責。Verantwortung）の決定的規準は、行為者に所為不法（有害な効果又は危殆化）が客観的にも主観的にも帰属されうるということである。この価値判断は、行為者が法違反に責めを負うこと、ある他者（又は「一般の人々」を構成する他の多くの者）との相互作用において不法を犯したということの意味する。行為者をコミュニケーション・パートナーと理解する刑事手続きの構造からの必然的帰結として、無価値判断はいずれにせよ行為者にも向けられていること、それ故、事柄自体に即した不法認定から特定の個人に向けられた不法非難が生ぜざるを得ないこととなる。この不法非難は、有用であり、機能的であるという理由だけで正当化されるのではないし、そこから人格形成的効果を期待するから正当化されるものでもない。むしろ、不法非難がなされるのは、無価値判断として内在的に正当であるからそしてその限りでのことである。この価値ないし無価値判断にあたって二人称の視点が決定的意味を有する。価値判断は、他者との関係で存在したに違いなく、この人間間の関係が無視された行為義務に関係する。刑事判決は行為義務違反への反作用であるが、正確には、抽象化・一般化された行為義務違反だけでなく、具体的な、つまり、人間間で具体化された行為義務違反への反作用である。それ故、二人称の視点が評価尺度のために本質的役割を果たすべきである。刑事判決は、標準化された評価尺度を用いて、被害者に代わって行われる非難である。不法非難の機能は、行為者と被害者の関係における自由圏を標示することにある。判決は人々に、とりわけ行為者自身に向けられ（甲は不法に乙に傷害を加えたことに対して非難されうるべきである）、それ故、不法非難のためにも答責帰属を要する<sup>(8)</sup>。通説は責任概念の基礎に「規範的応答可能性」をおくが、これは国が行為者に不法行為に責めを負わせることの許される条件にすぎない。この条件が必要なのは、非難をすることの論理、民主主義法治国における同位者間のコミュニケーション論理から生ずる。対話構造モデルの刑事手続きにおいては対話の成立が要件となるが、そのためには、刑事手続きの時点におけるコミュニケーション能力（訴訟能力）と犯行時点に

おけるそれが必要である<sup>(18)</sup>。

(2) オーストリアにおける責任概念の変遷

A 歴史的経緯 ドイツでは、一九世紀後半に自然主義的実証主義の影響下にいわゆる古典的犯罪概念が支配的となったが、その心理的責任概念は、二〇世紀に入つて、西南新カント学派の価値哲学の影響下に、規範的責任概念によつて置き換えられることとなった。その魁が既述のフランクだったのである。しかし、オーストリアには、社会的実証主義の勃興する一九世紀にすでに規範的責任概念の先駆者がいた。ユリウス・グラウザー（一八三二—一八八五）がその人である。<sup>(19)</sup> グラウザーは、オーストリア刑法旧第二条<sup>214</sup>の定める帰責の排除の場合、故意という心理学的要素が欠如していないことを認めた。法律は、帰責されない行為を禁止することをやめもしない。つまり、帰責されない行為は「許される行為とは認められない」。抵抗しがたい強制の場合、不処罰はむしろ「特別の法規範」の「特別の理由」に基づく。特別の法規範の基礎には、刑事司法は、行為への感覺的衝動に対しては、「公共の生活において平均人が他人から前提とすることのできる」だけの抵抗力を要求してよい。免責のために提起されるべき問いは、「当然ながらこの場合に必要な力が要求された」といえるか否かである。この前提条件が満たされないなら、抵抗しがたいということが仮定される。「異常な状況」の下で異常な抵抗力が要求されるから、「この状態の下での法違反はその人倫的作用の点で個々の法関係の攪乱を超えるものではありえず、公共の法状態それ自体を危殆化しうるものでもない」。それ故、こういった行為態様は不処罰と宣告される。但し、「普通の人 (der gewöhnliche Mensch)」という概念は法律によるもつと厳密な定義から免れている。裁判官は、「法的市民」の比較行動に倫理的規準をおく。この規準で

は、「倫理感 (Ethos)」が大多数の国民と時代の人倫的高みによって表される。行為者に要求されるのは、「この国民とこの時代の見方によって、誰もが公正に自ら要求せねばならないこと」である。この規準は揺れ動くにしても、それでも「それは依然として客観的規準たらざるを得ない」。これに対して、誰もが自分の精神的力、自分の人倫的弱さで計られるなら、その判断は「底なし」に陥るだろう。グララーザーは免責を基礎づける「社会倫理的規準」を構築したのだった。

グララーザーのヴィーンの同僚であるヴィルヘルム・エーミル・ヴァールベルク(一八二四—一九〇二)も、「行為者は他人になりえたのであり、現にそうあることに、それに相応する行為をすることで、行為者の責任がある」と論じた。<sup>(187)</sup> 法規定は「平均人の擬制」を基礎におくことを明確にしたものである。ヴァールベルクは、抵抗しがたい強制における期待可能な道徳的動機づけ力のための規準を「普通の意思の固さと抵抗力の平均量」に見たが、同時に、抽象的規準をできるだけ個別化する必要があることを強調した。既にその前の一八六二年に、ヴォルフガング・ヴェツセリー(一八〇一—一八七〇)が、緊急避難の理論的整理もその限定も啞然とさせるほどの現代的観点から行うことができた。<sup>(188)</sup> ヴェツセリーは、ヘーゲルに依拠して、緊急避難においては、法の意識的否定の故に故意は維持されているが、それでも責任が欠如することを前提に、これが依然として違法ではあるが、しかし、強制状態が裁判官の裁量に依れば「普通の人の性質」には耐え難く、それ故、容赦されると論じていた。ここに、規範的責任概念が既に展開されていたのである。カール・ヤンカは、旧第二条 *§ 39* を現行刑法第一〇条に見られる言葉で定義した。<sup>(189)</sup> 重要なことは、裁判官が、「同じ状況で他の大多数の者も抵抗しなかったであろう、同じような行為をしただろう」といわざるを得ないか否かである。高等法院はその後何度もこの言い回しを取り上げた。最後に、エドガール・マリア・フォルティン

(一八九七―?)は、ドイツ刑法学の悪変にもかかわらず、期待不可能性を一般的免責事由とする一人ぼっちの戦士として現れた。<sup>(18)</sup> フォルテインは、判例が旧第二条<sup>19</sup>を不必要に限定しすぎていること、評判の悪い「骨軟化」を避けるために、一般の規準として「誠実な平均市民」の概念を主張した。

**B 現在の責任概念** 一九七五年の現行刑法は、旧刑法の立脚していた、責任への帰属を行為者の自由な意思に基礎づける自然法的帰責論(旧刑法第一条)とは異なり、責任の觀念論的理解を斥けた。責任概念が意思自由への信仰から解放されるべきという見解が第一〇条、第三二条第二項となって貫徹したのである。刑法の規定は、個々人の世間的立場や信仰に依存することなく、いかなる法に誠実な者からも合理的だと認識されることが望まれたのである。<sup>(19)</sup>

責任 (3)

既に第二次世界大戦後間も無く、旧刑法第二条<sup>19</sup>は、当時審議中の刑法改正を先取りする形で、一九五八年の高等法院の判決により、現行刑法第一〇条の意味内容を得た。次のような事案だった。一五歳になるかならぬかの、精神的、身体的成長の非常に遅れた少女が、貧乏な環境で生活していたが、悪しき義父の命令で川原の草地にある二本の松の枯れ木・まきを盗んだ。義父は酒飲みで、非常に厳格だった。義父は少女をよくたいたから、少女は義父を怖がって、その命令に敢えて逆らうことは無かった。当時の判例からすると、義父には脅威があるが、潜在的に過ぎないが故に、危難の現在性に欠けていた。高等法院は、正義の安全弁として、フリートリッヒ・ノヴァコフスキー(一九一四―一九八七)の期待可能性原理を引用した。抵抗したい強制が考えられるのは、「犯罪が、状況によっては、規準に則った人をもそうさせた動機からなされたときである。期待可能性は人群に対して、異なった時代で、そして



それぞれの状況に応じて異なつて答えられるべきである<sup>(19)</sup>。一般化にもかかわらず、相応の人群の年齢、社会的状況、身体的、精神的抵抗能力が考慮されるべきであると<sup>(20)</sup>。

第二次世界大戦後、ノヴァコフスキーは、フェルディナンド・カデチカ（一八七四—一九六四<sup>(21)</sup>）とテオドーア・リットラー（一八七六—一九六七<sup>(22)</sup>）らの規範的責任概念を継承して、「責任とは非難可能性である」という標語の下、オーストリア刑法の規範的責任概念を發展させた。ノヴァコフスキーの師であるカデチカは、戦前既に、一九二〇年代後半から、「行為者に他行為ができたか否かではなく、法に誠実なしかも良心的人間なら他行為をしたか否かが、行為者の運命を決定すべきである。他人のできることを行為者ができないということ、そのことがまさに、刑罰や保安処分を用いて矯正するとか、社会から排除したい理由なのである」、それ故、「刑罰を非決定論的、倫理的責任概念から正當化することは」時代に合わなくなつたのであり、このような永劫の罰の宣告は、「もっぱら永遠なる裁判官の管轄に入るものであつて、世俗の裁判官の管轄に入るものではない」と論じて、性格責任とその客観化及びこれの期待可能性への整理を主張していた<sup>(23)</sup>。リットラーは、ドイツ刑法学説、なかんずく、カール・フランツ・エンギシュ（一八九九—一九九〇）の「性格責任は人が現にそうあることに責任を取らせる<sup>(24)</sup>」、エルンスト・ハイニッツ（一九〇二—一九九八）の「刑法においては誰でも現にそうあることに責任を負わねばならない」を引用しながら、「意思決定の義務違反は、行為者に他行為ができたということではなく、その特性によって、その性格に応じてまさしく悪い、不法な行為をしたということから導出される<sup>(25)</sup>」として、責任を意思自由の問題から切り離すために性格学的責任概念を主張していた。

ノヴァコフスキーは、意思自由の問題を未決にする。「人間というものが本質的に自由であり、その道徳的答責がこの自由に基づいているか否かという問いと、人間がこの自由をある特定の決定に対して有していたか否かという問いは、全く異なる問いである<sup>(18)</sup>」。法的責任は、「他のことも可能であるということとは関係なく、法によって定められた程度を充足していないというところ<sup>(19)</sup>」にある。ノヴァコフスキーによれば、ゴルトシュミット、フロイデンタール及びその他の後継者と同じく、規範的責任概念の理由づけ、免責、それほど非難できない内的態度を理由とする量刑における責任減少は期待可能性という同じ淵源から来る。期待可能性は、行為者がその所為によって、法秩序が行為者に期待する程度の法に誠実な動機づけに達していないことを問題とする。ノヴァコフスキーにとって、法秩序というのは法的に承認された文化観である。行為者にその都度具体的に期待可能な程度の内的法的誠実は所為状況における「標準性格 (Normalcharakter)」つまり、「規準に則った人格 (die maßgerechte Persönlichkeit)」の反応態様によって定まる<sup>(20)</sup>。行為者はその人格、性格が標準尺度から外れていることを非難されねばならない。これによって、法に誠実な意思形成という平均的当為の客観的尺度が責任に導入されたのである(責任概念の客観化)。期待可能性が、「行為者を所為へと駆り立てる動機、感情、激情の適切性<sup>(21)</sup>」を、したがって、心情も判断する。期待可能性は漸増概念としての責任を確定する。すなわち、具体的状況の下にある「規準に則った人格」が断然と当然のこととして所為を拒否したと云えるほど、それだけ責任は重くなる。しかし、逆に、行為者の代わりの規準に則った人格も違法に行為をしたと云えるほど、それだけ責任は減少し、ついには、完全な免責の零点まで来る<sup>(22)</sup>。緊急状態においても、心理的圧力の個人的感受性は、行為者の個人的性格的弱さ、個人倫理的評価と同様に、規準とはならない。免責には、行為者の個人的性格は問題とならないのであるから、その時々的外的状況によって行為者に生じる動機だけが重要たりうる。ノヴァコフスキーはこの意味でマックス・エルンスト・マイヤー(一八七五—一九二三)の「動機は軽減し、性格は

説  
加重する」という有名な言葉を引用する<sup>(20)</sup>。

論

この帰結が一九七四年のオーストリア刑法第一〇条（正当化緊急避難）、第六条（過失犯）の定める期待不可能性による責任阻却である。「行為者の状況において法的に保護された価値と結びついた人から他の行為が予期されえた」ということが問題となる。刑法第三二条第二項第二文は量刑について次のように一般的重事由及び軽減事由を定める。「そこにおいてとりわけ考慮されるべきは、どの程度、所為が行為者の法的に保護された価値に対して拒否的又は無関心な態度に帰せられうるか、どの程度、所為が、法的に保護された価値と結びつく人にも当然ありうる外的事情又は動因に帰せられうるか」。したがって、基本的に、行為者の不利益に働くのが性格の欠陥であり、その限りで、自分の本質要素、つまり、結局、現在の人となりに責めを負う<sup>(20)</sup>。

現在、問題とされているのは、比較人の解釈にあたって具体的行為者を考慮することの刑法第三二条第二項との関係である。立法理由は、法的に保護された価値と結びついた典型人が責任評価の規準だとするだけである。学説では、ハインツ・ツイップ（一九二九—一九九二）が刑法第三二条第一項の「行為者の責任」という定め方に「個別行為者に個人的に合わせる事が表現されている」と論ずる<sup>(26)</sup>。これに対して、ヘルベルト・シュタインガー（一九三三—二〇〇五）は、個別行為責任のなかに、行為者に代わる、それ自体としては法に誠実な人間の法的心情から生ずる、行為者の「性格責任の要素」を認識している<sup>(26)</sup>。フランツ・パリン（\*一九〇九）は、個人的条件を考慮するのは「行為者の身体的、知的能力及び経験知識に限定し、裁判官はその他の点では法律の客観的規準に従うべきだと論ずる<sup>(27)</sup>。パリンとエグモンツ・フォレッガー（一九二二—二〇〇七）によると、「基本的に反社会的な者の責任は、一度躓いた、

法に誠実な者の責任よりも重い」のは、反社会的な者はその心的態度において、瞬間犯以上に、法的に保護された価値と結びついた人のそれから逸脱しているからである。<sup>(28)</sup> ラインハルト・モースによれば、オーストリア刑法の責任概念は、意思自由を局外におき、帰属を客観的な社会的行為期待によって方向づけさせるから、個人倫理を含まず、排除する。したがって、「縮減された責任概念」とか、積極の意味で「社会倫理的責任」が問題となっている。しかし、この客観的規準をできるだけ個人化することが大切である。それでも、具体的行為者の道徳性を無視することによって、個人倫理的応報は不可能とされるのは、個人倫理的応報というものが、特定の人間の他行為可能性を媒体とすることによってしか構成できず、特定の人間に代わる虚構の人を媒体としては構成できないからである。責任調整は価値通用性の恢復を意味するにすぎず、行為者の倫理的評価を意味しない。<sup>(29)</sup> マンフレート・ブルクシュタラー（\*一九三九）も、オーストリア刑法の基礎には縮減された責任概念がある。「行為時に顕わになった、法的に保護された価値との結びつきの欠如を確認する」だけで十分であるが、他方で、「オーストリア刑法典の覆しえない基礎」には、人間には「評価をする素質があり、価値の要請に応答することができる」のだという洞察がある。「刑罰は現実には応報として作用し、又一般にもそう感じられる」。<sup>(30)</sup> しかし、この作用は法律の意味によれば「目的とされていない」。刑罰の目的は現行法によれば「専ら予防に」ある。<sup>(31)</sup>

このようにオーストリアでは意思自由から解放された責任概念が支配的に展開されている。しかし、ドイツにおいて有力に主張されている機能的責任概念、つまり、予防によって基礎づけられる刑罰を行為者の有利に上に向かつて限定する任務を責任にもたせる、あるいは、規範確認の一般予防から責任を導出する学説はオーストリア刑法学の受け入れるところとはならなかった。<sup>(32)</sup> また、ドイツと同じくオーストリアでも責任主義否定論が存在する。ヴォルフガ

ング・シユタングル（\*一九四九）はいかなる責任非難による叱責にも断固として反対する。有責判決に代わって、「行為者の全力を尽くしての」自発的修復が行われるべきである。刑法は社会的和解によつて置き換えられるべきである<sup>(22)</sup>。本説もオーストリア刑法学では積極的反応を見出せなかった。

C 一般的免責事由としての期待不可能性の賛否 ドイツでは、オーストリアとは対照的に、第二次世界大戦後、期待不可能性が一般的免責事由として承認されることは無かった。歴史的に見ると、オーストリアでは、旧刑法第二条<sup>19</sup>においても又それ以前においても制定法の自然的責任概念は規範的であったため、グラザー、ヴァールベルク、ノヴァコフスキーに見られるように、時代に合わせて、責任概念を個人倫理的基礎から社会倫理的基礎へと移すことだけが必要だったのであり、期待可能性という新しい責任概念から期待不可能性という一般的免責事由を維持することは当然のことだった<sup>(23)</sup>。これに対して、ドイツでは、オーストリアのような歴史的伝統がなく、新たに一般的免責事由を導入する必要があったのだが、一九三〇年代初頭に現れた、期待可能性思想は刑法規範の堅固さにとつて危険であるという論拠が、戦後も通用したのである。ドイツにおける一九二〇年代の個別化という自由主義的傾向が、「ケルゼン流の法律家の自己規制」という法実証主義の祖国オーストリアに引き継がれたが、ドイツはこの道を歩まなかったのである。しかし、エーバーハルト・シユミットは、「人生は、法規を案出する人の技法よりも創意に富んでいる」、それ故、免責事由を実証主義的に考えるべきでない<sup>(24)</sup>と論じたのである。

戦後のドイツで一般的免責事由としての期待不可能性が浸透しなかったのは、イエシュェックに代表されるように、免責事由を主として不法減少に帰し、これが責任に反映されるという理論が支配的だったからである<sup>(25)</sup>。しかし、この

理論は不法と責任を混合するもので、適切でない。結果不法について見るなら、ある法益を同等の又はより価値の低い法益を救済するために侵害することによって、生じた違法な結果の価値が減少するものではない。行為不法についても、これが減少するためには、積極的な行為目的も故意に含ませざるを得ないが、これも無理な立論である。なぜなら、主観的不法論の意味での「目的活動」というのは、特定の構成要件該当の結果を特定の方法で生じさせることを目的とした因果事象の故意による行為制禦を意味しているが、これに対して、行為の動機は意思形成に属するからである。動機は故意に向かう衝動制禦に関係し、専ら規範的責任要素に位置づけられる。動機は心情無価値の担い手である。したがって、人的行為不法は故意だけを構成要件に配属するのである。<sup>(26)</sup>

### (3) スイスにおける責任概念の変遷

責任 (3)

スイス刑法も責任刑法である。構成要件該当性、違法性は所為に関する無価値判断であるが、責任は行為者に関する無価値判断を内容とする。行為者への個人的非難が可能な場合にだけ可罰的である。したがって、責任は可罰性の一般的前提要件である。責任は刑罰根拠づけ機能を有する(責任なければ刑罰なし)。これと並んで、責任は量刑において刑罰限定機能を有する。刑罰の量は責任の量を超えてはならない(第四七条第一項第一文)。責任は国の行為者への過剰な介入を遮断するのである。<sup>(27)</sup> スイス刑法典はその総則第一章第二節に、「3 適法行為と責任」という標題の下に、不法阻却事由として第一四条(法令行為)、第一五条(正当化正当防衛)及び第一七条(正当化緊急避難)を、責任阻却事由として第一六条(免責正当防衛)、第一八条(免責緊急避難)、第一九条(責任無能力と限定責任能力)及び第二一条(不確かな責任能力)を一括して規定しているので、その規定振りは必ずしも適切とはいえないようである。

歴史的に見ると、一九世紀の終わり頃によりやく、責任という刑法理論的概念が、ルードルフ・フォン・イーERING（一八一八一—一八九二）の決定的影響の下に、違法性の概念から明確に分離された。フォン・リストやエルンスト・ルートヴィヒ・ベリング（一八六六一—一九三二）は、その三段階から成る犯罪理論体系においてこの区別を引き継いだ。このいわゆる古典的犯罪概念によれば、不法は行為の外的事象に限定され、行為者の心の中の心理的現象、つまり、主観的要素（責任能力、故意、過失、その他、厚顔無恥、卑しい心情といった特別の責任要素）は全て、責任のところで一括された。この心理学的責任概念によれば、責任では、行為者のその所為への主観的關係が問題となる。故意と過失は責任の異なった形態と理解された。スイス刑法理論学も心理学的責任概念を採用した。ヨドツス・テメ（一八六六一—一九三二）に帰する見解によれば、刑法の帰責は行為者の（有責の）意思に關係する。すなわち、それは、一方で、かかる意思を形成する能力として、責任能力を前提とする、他方で、帰責は錯誤や強制によって阻却される<sup>29</sup>。

しかし、心理学的責任概念はスイス刑法学でもはや時代遅れになったと見られる。今日、支配的なのは規範的責任概念である。それは違法行為の個人的非難可能性を意味する。このような責任概念の理解と結びつくのが、社会倫理的無価値判断である。所為の不法が行為者に認識可能であり、回避可能だったこと、行為者が、他人が自分の立場におれば行為したであろうように行為しなかったこと、行為者が不法に味方し、法に反した決定をしたこと、こういったことが行為者に非難される<sup>30</sup>。

ヴェルツェルの目的的行為論の影響の下、スイス刑法学でも、故意、過失は構成要件該当行為の要素とされ、責任から切り離されるべきとする見解が現れた。これによれば、責任には「規範的」要素しか、つまり、不法事態の評価しか残らない。これによって規範的責任概念は完全に純粹な形で実現することになる。しかし、このように心理的責任見解と純粹規範的責任見解を対置させることは間違いであることも指摘される。一面で、故意については心理的事実そのものと云つてよいが、過失は「義務違反の不注意」(第一二条第三項)であるから、そこに評価が入り込んでおり、もはやたんなる心理的事実とはいえない。他面で、責任能力、禁止の認識の可能性及び期待可能性といった本来の責任要素は、不法に属する事態の単なる「評価」ではなく、責任無能力の根拠となりうる精神障害(第一九条第一項)とか免責緊急避難(第一八条)に見られるように、きわめて複雑な事態を取り込んでいる。行為の刑法評価の全ての段階で、一定の実態的事実が、主観的なそれを含めて、規範的観点の下で評価される。したがって、純粹に心理学的な責任概念と純粹に規範的な責任概念を区別することは止めるべきである<sup>(2)</sup>。

故意、過失を構成要件に分類するか、責任に分類するかは見解の分かれるところであるが、責任では法的当為要求を認識し、これに従う可能性が問題となるという点では見解の一致が見られる。この可能性がある場合にのみ、行為者への個人非難ができる。三個の責任前提要件が区別される。先ず、責任能力である。行為者には二重の能力が存在しなければならぬ。行為者は、心理的・精神的に、行為の不法を洞察し、この洞察に従って適法に行為するがでなければならない(第一九条)。次に、行為者に違法性の意識が存在しなければならぬ(第二一条)。最後に、規範適合行為の期待可能性が必要である。期待不可能性の思想に基づくのが、免責緊急避難(第一八条)、過剰防衛(第一



六条第二項)、強制(第四八条)、命令服従行為(第四八条)といった責任阻却事由、責任減輕事由である。<sup>(22)</sup>

責任原理と意思自由に関して、学説の一部には、刑法典が人間の意思自由から出立していること、責任原理が刑法典の人間像への逆推論を可能としていると論ずる見解がある。すなわち、責任は、他行為能力、つまり、犯罪動機を制禦し、決定を価値と規範に従わせる能力、適法に行為する能力を前提とする。個人の自律なしに責任は存在しない。「責任非難なしに処罰することにでもなれば、刑罰の意味が歪曲されてしまう」。自律性を否定することは、責任刑法からその土台を奪うことであり、したがって、刑罰の形態で他人に害悪を加えることは正当ではないことになろう。責任は非決定論的人間像を前提とする。もつとも、本説は、人間はいつでも良心の声と誘惑の声に従うことができるという古典的非決定論は今日もはや維持できないと論ずる。人間の自由な意思から出立できるにしても、人間は個別事例において強力な影響にさらされているからである。それでも、人間の自己答責と人間の理性の自律性に訴えることには意味がある。というのは、心理的に健全な成人の答責の思想はわれわれの社会のそして人間の意識の現実だからである。誰もが、自分の行為の前提としての自由の確実性から出立しているし、他人の自由な行為を予期している。本説は、抽象的に人間の意思自由から出立するが、個々の人間が具体的事例において実際に自由であるか否かはこれとは別の問題であると論ずる。類としての人間の自由からその時々々の所為状況における個々人の自由を推論できるということには必ずしもならない。所為の瞬間の行為者の心がどのように見えたかは誰にも分からない。犯行がその動機を生じさせる厳しい状況の所産に過ぎず、行為者には具体的状況において法秩序の規範に従うための力が丁度欠如していたことが考えられる。したがって、社会・比較責任判断だけが可能である。せいぜい云えることは、行為者に代わる平均人なら、他行為ができたということである。行為者に他行為が可能だったというのは、われわれの人間の

本質に関する経験から行為者に代わる他人なら他行為をしたであろうという意味である。個人の責任は結局のところ証明できない。証明できるのはせいぜい、行為者が特定の状況において心理的衝動の自己制御能力を有していたこと、そこから生ずる規範的応答可能性を有していたということである。可能なのはさらに、精神医学の認識を用いて刑法上の答責という一般的仮説を個別事例に関連づけて論駁することである。<sup>(139)</sup>

学説には、刑法の責任概念は刑事政策の必要性によって決まるのだと論ずる見解も見られる。所為の繰り返しとすることができない状況における行為者の個人的能力に完全に照準を合わせるなら、刑法はその任務に堪えられない。行為自由は証明できない、ましてや刑事手続きの形態、認識手段では証明できない。これだけでも責任刑法は挫折することになる。さらには、人間行為、犯罪行為の発生連関の研究が進むほど、個別化ということを真摯に考慮するなら、大部分の犯罪者に対する責任非難は維持できないことになろう。こういった結論を避けるには、抽象的に理解された、「一般・社会的」責任概念を考えるしかない。責任判断を行為者の状況におかれた平均人に関連づける以外の他の方法はないようである。つまり、一定の限界内における法律遵守能力を前提とすること。したがって、刑法の意味での「責任」は決して現実の責任を意味するのではない、つまり、責任に関連づけられた刑罰の十分な正当化とならない。<sup>(140)</sup>

注

(139) Heinz Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967, 57 ff.

(140) Werner Mahhofer, Menschenbild und Strafrechtsreform, in: Gesellschaftliche Wirklichkeit im 20. Jahrhundert und Strafrechtsreform

- (141) (Berliner Universitätsstrage), 1964, 5 ff., 13 ff.  
*Jaschbeck/Weigend*, (Fn. 1), § 39 III 1; ähnlich *H.-L. Schreiber, H. Rosenau*, *Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung*, in: *U. Venzloff, K. Foerster* (Hrsg.), *Psychiatrische Begutachtung*, 4. Aufl., 2004, 53 ff., 59 (責任と自由は「経験に基づく実理的に通常の条件下で市民に予期される予期される行動に達していなければあり、われわれの個人的及び社会的的生活を行うために相互に帰属せざる可能性の誤用」である)。*J. Krimpelman*, *Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs*, GA 1983, 337 ff., 347 ff.; *K. Kühl*, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl., 2007, Vor § 13 Rn 23.
- (142) Vgl. *W. Gallas*, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, ZStW 67 (1955), 1 ff., 45 「責任とは所為に現れた法的に認められない心情に照らした所為の非難可能性である。Wessels/Bauhe/Satzger, (Fn. 52), § 10 Rn 400 「責任とは所為の基礎にある法的に非難に値する心情に照らした所為の非難可能性を意味する」。  
 ガラス、イェシエック、ヴェッセルス／ポールケ／ザッツガーとは異なる特徴をもつ心情責任概念を展開するのがエーバーハルト・シュニットホイザー(一九二〇—二〇〇二)である。刑法の責任というのは変わらぬ心情でなく、個別行為と関係した心情、つまり、「不法の個別行為心情」である。その意味は、行為者が社会生活の価値をその所為においてまじめに考えなかったというところである。換言すると、刑法の責任というものは「行為者が意思行為において侵害された法益を精神的行為においてまじめに考えなかった」ということである。このことは哲學的意思自由の問題とは関係がない。「現にそうある行為者が、その意欲において、侵害された価値をまじめに考える自由があったか否か」という問題は肯定も否定もなれていない。行為者が許されず侵害された価値をまじめに考えなかったというところをその都度確認するところをもって十分としなければならぬ」。E. *Schmidhäuser*, *Stratrecht* AT, 2. Aufl., 1984, 7, Kap Rn. 4 ff. しかし、本説からすると、行為者は、法の要求をまじめに考えたが、しかし、自分には十分な理由があるとの思いから、敢えてこれを違反するところを考えたという場合、責任が否定されることになってしまし、逆に、行為の制禦能力の欠如のために責任無能力と見られる者に責任が肯定されてしまうことになり、いずれの場合も適切でない。Vgl. *Roxin*, (Fn. 8), § 19 Rn 26.
- (143) *Baumann/Weber/Misch*, (Fn. 115), § 18 Rn 23.
- (144) *Baumann/Weber/Misch*, (Fn. 115), § 23 Rn 7 ff., Rn 59 ff.
- (145) *H. Schöch*, (Fn. 49), § 20 Rn 22 ff.; *ders.*, *Willensfreiheit und Schuld aus kriminologischer Sicht*, in: *J. Eisenberg* (Hrsg.), *Die Freiheit des Menschen*, 1998, 82 ff. Vgl. *B. Burchardt*, *Freiheitsbewußtsein und strafrechtliche Schuld*, in: *Lenckner-FS*, 1998, 1 ff. 「行為者、自己」

の視点から、他の、つまり、規範適合の決定ができたにもかかわらず、不法の決定をしたという点で、このことで行為者は非難され得る。Und sie bewegt uns doch: die Freiheit. Das Magazin Nr. 2, 21 ff., 24; ders., Wie ist es, ein Mensch zu sein?, in: Eser-FS, 2005, 77 ff.; ders., Gedanken zu einem individual- und sozialpsychologisch fundierten Schuldbeffir, in: Maiwald-FS, 2010, 79 ff.

(146) T. Hörnle, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 2013, 36 ff.

(147) Roxin, (Fn. 8), § 19 Rn 1 ff.; 54; キント・ホーザーは「責任を」法誠実の欠如」と理解する。民主主義の規範が正当と認める拘束効果は「ロコモニケーション忠誠」つまり「法誠実」に基づき、しかもそれに依拠する。したがって、責任は「法誠実の欠如」すなわち「法に則した意思疎通や必要可能とするロコモニケーション忠誠の欠如」である。これが責任を阻却する。U. Kindhäuser, Rechtsstreue als Schuldkategorie, ZStW 107 (1995), 701 ff. ロクスレーンはキント・ホーザー説が自説に近づいたことを指摘した上で、この用語法については責任を適切に説明できると論ずる。認識のなり過失行為者や禁止の錯誤に陥っている者が「法誠実」でないと認めるのか、それが「ロコモニケーション忠誠」を欠如させるのか疑問であると。さらに、答責の予防的要素がキント・ホーザーの責任論ではほとんど考慮されていない。Roxin, (Fn. 8), § 19 Rn 50.

(148) Jaschke, (Fn. 120), 75; ノボト按じ、ロクスレーンは予防上不必要な刑罰は社会的に意味のある目的をもたないと答える。Roxin, (Fn. 8), § 19 Rn 9.

(149) Vgl. V. Krey, Deutsches Strafrecht AT, 3. Aufl. 2008, § 18 Rn 646; S. Weber, Die Bedeutung des Schuldprinzips im Jugendstrafrecht, 2011, 46 f.

(150) G. Jakobs, Schuld und Prävention, 1976, 32.

(151) G. Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 1. Abschn Rn 9 f.

(152) Jakobs, (Fn. 151), 1. Abschn Rn 15.

(153) Jakobs, (Fn. 150), 9.

54; ヤロブス説に近づいたのが、アムンニッヒであるが、「責任」という用語に代わって「個別的帰属」という概念を使用する。H. Achenbach, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, in: B. Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 135 ff.; 6; U. Neumann, Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit, ZStW 99 (1987), 567 ff.

(154) Vgl. Bommer, (Fn. 10), Vor Art. 19 Rn 53; Steininger, (Fn. 1), 12. Kap Rn 12.

責任 (3)

- (155) *Jakobs* (Fn. 150), 32: *ders.*, Das Schuldprinzip, 1993, 24 f.
- (156) *Roxin*, (Fn. 8), § 19 Rn 34; *V. Krey* (Fn. 149), § 18 Rn 643; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. 52), § 10 Rn 408 f.; *F. Strengh*, Münchner Kommentar Strafgesetzbuch Bd. 1, 2003, § 20 Rn 21 f.
- (157) *K. L. Kunz*, Prävention und gerechte Zurechnung, ZStW 1986, 823 ff., 832.
- (158) *K. Seelmann*, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2009, 23.
- (159) *C. Roxin*, Zur Problematik des Schultrafrechts, ZStW 1984, 641 ff., 647.
- (160) *Roxin*, (Fn. 8), § 19 Rn 35; *Kunz*, (Fn. 157), 827; *Steininger*, (Fn. 1), 12; *Kap Rn 12: D. Rössner*, Die unverzichtbaren Aufgaben des Strafrechts im System der Verhaltenskontrolle, in: Keller-FS, 2003, 213 ff. 「人間」による個別存在が社会体制の予防的必要事も量られ「たかひ」道徳化され「べき」。犯罪者が貼付理論によつて事前に斥けつていた手続きを無批判に受け入れることにならう。有罪判決が現実の犯罪行為の認定に基つてのみならず、支配の規程に基つて帰属に過剰な「量」にならう」。
- (161) *G. Stratenwerth*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, 1995, 12 f.
- (162) *C. Roxin*, Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig, ZStR 1987, 356 ff., 366.
- (163) *Bommer*, (Fn. 10), Vor Art. 19 Rn 55; *B. Schünemann, A. von Hirsch, N. Jahrborg* (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998.
- (164) *Moos*, (Fn. 1), § 4 Rn 90; *ders.*, (Fn. 17), 199; *Steininger*, (Fn. 1), 12; *Kap Rn 12: Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. 143), § 18 Rn 22.
- (165) *G. Jakobs*, Zur gegenwärtigen Straftheorie, in: *K.-M. Kodalle* (Hrsg.), Strafe muss sein?, 1998, 29 ff., 36.
- (166) *Bommer*, (Fn. 10), Vor Art. 19 Rn 56.
- (167) *F. Strengh*, Schuld ohne Freiheit, ZStW 101 (1989), 283 ff.
- (168) *Vgl. M. Kilias*, Muss Strafe sein?, ZStR 1980, 31 ff., 47.
- (169) *Vgl. Tescheck*, (Fn. 120), 73.
- (170) *R. Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2008, 124 ff.
- (171) *E. Heinitz*, Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63 (1951), 57 ff., 74 「人はその人生にならう、様々な理由からなつたことを考慮するにすぎなく、現にそのことに責任を負つ」*A. Graf zu Dohna*, Ein unausrottbarees Mißverständnis, ZStW 66 (1954), 505 ff., 508 「人は、自分の為すことに、それが自分の人格の発露である限り、責任を負つていよう、優れた点でも劣つていよう点でも自分の人となりに見合った報いがあるべきであらう、これは社会生活の基本原則である」*K. F. W. Engisch*, Die Lehre von der

- Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 2. Aufl., 1965. Vgl. *Roxin*, (Fn. 8), § 19 Rn. 28.
- (17) *R. D. Herzberg*, Willensfreiheit und Schuldvorwurf, 2010, 1 ff.; *ders.*, Überlegungen zum ethischen und strafrechtlichen Schuldbeginn, in: Achenbach-FS, 2011, 157 ff., 162 ff.
- (18) *Herzberg*, (Fn. 172, Willensunfreiheit), 90 ff.
- (19) *Herzberg*, (Fn. 172, Achenbach), 157, 184 f.
- (20) *Herzberg*, (Fn. 172, Willensunfreiheit), 99.
- (21) *Hörnle*, (Fn. 146), 47 f.
- (22) *Achenbach*, (Fn. 153), 140 ff.
- (23) *W. Kargl*, Kritik des Schuldprinzips. Eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht, 1982.
- (24) *U. Scheffler*, Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts, 1985; *ders.*, Grundlegung eines kriminologisch orientierten Strafrechtssystems, 1987.
- (25) *M. Baumann*, Zweckrationalität und Strafrecht, 1989; *ders.*, Schuldlose Dogmatik?, in: *K. Lüderssen, F. Sack* (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten, Bd. IV, 1980, 196 ff. (責任概念は規範的応答可能性によつて置換されるべきではない。このことは、規範的応答可能性という犯罪学の介入による人格関係の核心にもなるも形而上学的基礎に依存するものにならなぬ。このことは、規範的応答可能性というものは、他行為可能性とは反対に、自由意思の思索とは全く関係なく決定される内容を含む。きわめて複雑であるにせよ、経験的な性質にかんじらる)。 *ders.*, Strafe im Rechtsstaat, in: *M. Baumann, H. Klemm* (Hrsg.), Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat, 1990, 109 ff. (邦訳「吉田敏雄「法治国における刑罰」北海道大学『法学研究』二一・一(一九八五)八九頁以下」。
- (26) Vgl. *Roxin*, (Fn. 8), § 19 Rn. 51 ff.
- (27) *G. Detlefsen*, Grenzen der Freiheit. Bedingungen des Handelns - Perspektive des Schuldprinzips, 2006, 346; *G. Merkel*, Hirnforschung, Sprache und Recht, in: *Herzberg-FS*, 2008, 3 ff.
- (28) *Hörnle*, (Fn. 146), 49 ff.
- (29) *Hörnle*, (Fn. 146), 70.
- (30) *J. Glaser*, Abhandlungen aus dem Oesterreichischen Strafrecht, 1858. Vgl. *Moos*, (Fn. 107), 902; *ders.*, (Fn. 131), Rn. 48.
- (31) *W. E. Wahlberg*, Das Princip der Individualisierung in der Strafrechtspflege, 1869, 6, 55. Vgl. *Moos*, (Fn. 107), 903; *ders.*, (Fn. 1), § 4 Rn.

70.

- (187) W. Wessely, Die Befugnisse des Notstandes und der Notwehr nach österreichischem Rechte, 1862, 13, 16. Vgl. Moos (Fn. 107), 903. ders., (Fn. 1), § 4 Rn 70.
- (188) K. Janke, Das österreichische Strafrecht, 1886; Janke/Ruf, Das österreichische Strafrecht, 2. Aufl., 1890, 125. Vgl. Moos (Fn. 107), 903.
- (189) E. M. Foltin, Der Gedanke der Zumutbarkeit im tschechoslowakischen und österreichischen Strafrecht, 1934, 22. Vgl. Moos (Fn. 107), 903.
- (190) Nowakowski, (Fn. 2), Vorbem §§ 3-5 StGB, Rn 37; Moos (Fn. 1), § 4 Rn 76.
- しかし、少数ではあるが観念論的責任概念を支持する者もある。Platzgummer (Fn. 4), 329 ff.) は、第四条の刑罰基礎づけ責任が第三二条第二項第二文の量刑責任と全く関係が無いこと、それ故、観念の意味で理解されることを主張する。レーヴィシュ (Leuwisch, (Fn. 9), 250) は、意思自由がドイツでもオーストリアでも「明白に実定化されてくること」(二三七頁)を指摘し、答責の社会的説明、性格学的責任観をめぐり「肯定」(二四〇頁以下)、「客観化された責任体系」に選択自由が証明されていること、なぜなら、いかなる人もその人生経路において、「法への誠実性を形成する」機会と時間」をめぐっているからである(二五三頁)。したがって、レーヴィシュの説では、行状責任が責任の内実と同一になる。フックス (Fuchs, (Fn. 4), 2. Kap Rn 30 ff.) は、縮減された責任概念が刑罰という法効果を正当化するためには「不十分」であること、なぜなら、「行為者に対する現実の人格的非難を基礎づけ得ないからだと論じ」(三〇頁)、「そして、社会倫理的な非難という言葉を使用するもの」(これをドイツ連邦通常裁判所の判例 (BGHSt. 2, 194) の言葉を引用して個人倫理の意味で理解する (三三三頁))。Vgl. Moos (Fn. 1), § 4 Rn 78 FN 170; Steininger (Fn. 1), 12. Kap Rn 14.
- (191) F. Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 1955, 77. 本件事例、トナーの講壇設例に似ている。泥棒業者の両親の息子が、窃盗に加担しながら、虐待を受けざるを得なかった。マイヤーの設例で免責緊急避難を一般規範化する必要性に説得力をもたせようとした。M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Ein Lehrbuch, 1915, 302. マンテンホフ超法規的免責事由の例として、抵抗を許さない父の厳しきしつけを受けた少年が、不法だと知りながら、父の命令で数個のりんごを盗んだを挙げている。J. Baumann, Strafrecht AT, 1. Aufl., 1960, 370. Vgl. Moos (Fn. 107), 904.
- (192) OGH von1958 (Stf. 29/83)
- (193) F. Katalcha, Zur Lehre von der Schuld, JBl. 1928, 213 ff., 215 f.; ders., Von der Schädlichkeit zur Schuld und von der Schuld zur Schädlichkeit, ZStR 50 (1936), 343 (ders., Gesammelte Aufsätze, 1959, 48, 53 f., 55, 61)

- (194) Th. Ritter, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 2. Aufl., 1955, 153, 160 f. (1. Aufl., 1933, 116). リットラーは、言葉の上では規範的責任概念を承認したが、しかし、責任を責任判断と同値するものには反対した。責任では、「行為者に所与の特定の事態であり、……今日等語でよく言われるとは異なり、この事態に関する価値判断ではない」。リットラーは心理的責任概念を否定するものの、故意の心理学的事態に責任を担わせる。期待可能性は技術的合目的性の理由からのみ故意から区別されるのであり、期待可能性は故意と並列するものではないと。結局、リットラーは規範的責任論を純粹な形で引き継いだのではなく、これを心理学的責任論に接木した *カデツカ* の共同起草した一九二五年—一九二七年のオーストリア刑法草案はオーストリア現行刑法第三二条第二項の先駆的規定として「行為者の非難されるべき心情又は意思方向」と所為への特定の動機と誘因責任という責任の二重要素を定めていた。F. Kadecka, Der österreichische Strafgesetzbuch vom Jahre 1927 (1927), 32. 高等法院も一九二七年に激情殺人犯に関して、「犯人の性格」に原因がある場合に「外的偶然の状況」に原因がある場合を法的に考慮する人どうし規準に於いて区別した。Stf. 17/46; vgl. R. Moos, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2002, § 76 Rn. 29 mwN.
- (195) K. Engisch, Zur Idee der Täterschuld, ZStW 61 (1942), 177. Vgl. Jeschek, (Fn. 120), 60.
- (196) E. Heinitz, Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63 (1951), 76. Vgl. Jeschek, (Fn. 120), 60 f.; Moos, (Fn. 1), § 4 Rn. 70; Steininger, (Fn. 1), 12. Kap Rn. 320.
- (197) F. Novakowski, Freiheit, Schuld, Vergeltung, in: Ritter-FS, 1957, 55 ff., 58.
- (198) F. Novakowski, Freiheit, Schuld, Vergeltung, in: Ritter-FS, 1957, 55 ff., 58.
- (199) Novakowski, (Fn. 198), 70; ders., (Fn. 17), 307 ff.
- (200) Novakowski, (Fn. 17), 308.
- (201) Novakowski, (Fn. 17), 330; ders., (Fn. 191), 76.
- (202) Novakowski, (Fn. 17), 313, 321 f.
- (203) Novakowski, (Fn. 17), 321; ders., (Fn. 191), 80; Mayer, (Fn. 191), 187 ff., 190.
- (204) Moos, (Fn. 107), 906; ders., (Fn. 1), § 4 Rn. 99; Steininger, (Fn. 1), 12. Kap Rn. 14.



の一九六八年の政府刑法草案において現行第三二条の元になった一九六四年、一九六六年草案の規定が削除されたことがあった。その理由は、本規定が、「人間を状況と動機にまよって駆り立てられる者として説明し、自己答責の存在とは説明せず」、それは「非決定論の観点からは耐え難い」というものだった。EB RV 1968, 124 zu § 35 Moos (Fn. 1), § 4 Rn 63.

一九六四年草案第三八条(量刑の一般的原则)「①刑の量定の基礎は行為者の責任である。②量刑に当り、裁判所は、加重事由と減軽事由を、それが法定刑にすでに影響を与えていない限り、相互に比較衡量しなければならない。その際、なかならず、いかなる程度、この所為が、法的に保護される価値に対して否定的又は無關心な行為者の態度に帰せられるのか、又、いかなる程度、この所為が、法的に保護される価値と結ばれている人にとっても尤もと思われうる外部的事情又は動機に帰すべきかが斟酌されるべきものとす。③……」。

一九六八年草案第三五条(量刑の一般的基本原則)「①刑の量定の基礎は行為者の責任である。②刑の量定に際しては、裁判所は、加重事由及び減軽事由を、それがすでに法定刑影響を与えていない限り、相互に比較衡量しなければならない。③……」。

(205) *H. Ziffl.* Der strafrechtliche Schuld begriff, JBl 1980, 190 ff, 194, 196 (立法者は、「刑法の責任概念における個別化又は標準化の問題を『あれこれ』に意味におおついでなく、『あれこれ』に意味におおつて見、且つ扱つた」)。この立論は意思自由を肯定するドイツ責任論 (BGHSt 2, 194, 200) に繋がる。Vgl. Moos (Fn. 17), 189; Jescheck (Fn. 115), 69.

(206) *Leubauß/Steiniger.* Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 1992, § 32 Rn 7 f. Vgl. Jescheck (Fn. 120), 69.

(207) *F. Pallin.* Die Strafzumessung in rechtlicher Sicht, 1982, Rn 13. Vgl. Jescheck (Fn. 120), 69.

(208) *Pallin.* (Fn. 207), Rn 13; *E. Foregger, E. Serini.* Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 1991, § 32 Anm. II. Vgl. Jescheck (Fn. 120), 69.

(209) *Moos.* (Fn. 35), 288 ff.; *ders.* (Fn. 17), 188 mit FN 71. Vgl. Jescheck (Fn. 120), 69.

(210) *M. Burgstaller.* Die Strafrechtsreform Österreichs im Vergleich mit der Strafrechtsreform der Bundesrepublik Deutschland, in: *H. Lütjger* (Hrsg.), Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung, 1979, *ders.*, Sinn und Zweck der staatlichen Strafe, in: *K. Porstner* (Hrsg.), Strafrecht Vergeltung und Versöhnung, 1983, 54 f. Vgl. Jescheck (Fn. 120), 70.

(211) *Moos.* (Fn. 1), § 4 Rn 62.

(212) *W. Stangl.* Die neue Gerechtigkeit, 1985, 109, 113. Vgl. Jescheck (Fn. 120), 77.

(213) Vgl. *Moos.* (Fn. 107), 910.

(214) *Schmidl.* (Fn. 130), 570.

- (215) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 1), 477 f., 480, 484 m.w.N.
- (216) *Moos*, (Fn. 107), 911.
- (217) *Stratenwerth*, (Fn. 63), § 2 Rn 22; *F. Riklin*, Schweizerisches Strafrecht AT, 2. Aufl., 2002, § 1 Rn 52; *Treichsel/Noil*, (Fn. 64), 145.
- (218) Vgl. *Bommer*, (Fn. 10), Vor Art. 19 Rn 3.
- (219) *J. D. H. Temme*, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, 1855, 91 ff. Vgl. *Stratenwerth*, (Fn. 63), § 11 Rn 2.
- (220) Vgl. *Stratenwerth*, (Fn. 63), § 11 Rn 3; *Bommer*, (Fn. 10), Vor Art. 19 Rn 4.
- (221) Vgl. *Stratenwerth*, (Fn. 63), § 11 Rn 4.
- (222) Vgl. *Stratenwerth*, (Fn. 63), § 11 Rn 5.
- (223) Vgl. *Riklin*, (Fn. 217), § 15 Rn 13 ff.
- (224) Vgl. *Stratenwerth*, (Fn. 63), § 2 Rn 7.

### Schuld (3)

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)
  - 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)