

# 責任概念の質的転換論とその適用

後 藤 正 弘

責任概念に規範的責任概念と可罰的責任概念の二種があることはすでに宮本英修博士の説かれた処であるが、本稿はその妥当なことを自由意志論（刑法的責任の基礎としての）における決定論、非決定論を研討して論証し、さらに質的転換論という自説を未遂、共犯理論に適用することを試みた。ただし本稿はそのアウトラインに過ぎない。

## (一) 自由意志肯定論（非決定論）

インデターミニズムを全面的に肯定し、自由意志を無条件に肯定する考え方は今日の刑法論者中にも殆どない。素質、環境が意志決定に影響していることを否定することは出来ないからである。ゆえに今日のインデターミニストはいわばソフトなインデターミニストないしは相対的（部分的）非決定論者である。

この相対的非決定論にも種々なものがある。

一 意思は多くの場合外部的要素のため規制されているが、具体的場合には自由な意思決定をなし得ると解す見解。これには意思は常に決定されながら、自ら決定することも出来るという考え（決定されながら決定する意思）を認める考え方も含まれる。また過去の事実については意思は決定されていたが、将来の事実については全く自由であるという見解（註一）

も含まれるであろう。

二 規範と事実（自然的事実、社会的事実、心理的事実）を区別し、事実の面に於ては因果律が支配し、因果律に拘束されない、自由な *das Psyche* は認められないが、規範の世界に於ては自由意志は *Postulat* として認められる。而して刑法解釈学は規範科学であるから、この公準に従い自由意志を前提とすべきであるという見解（註二）

三 心理現象における因果律の支配を認めない見解。これには自然的事実における因果律は社会現象や歴史には妥当しなるとする見解も含まれる。

第一の相対的非決定論を採る見解は相当広く行われているようである。「決定論者の云うように我々の意思は素質、環境から因果律による支配を受け規制されている。しかし自由意志とは行為選択の自由と解すれば、具体的場合には我々は事实上、行為を選択している。我々の意志には因果律の支配から独立した何物かがある」というのがこの主張である。

しかしこの相対的非決定論は論理的に少し考えて見れば矛盾の多いものである。一般的には事實は決定されているが、部分的（具体的）には決定されない」というが、一般は部分の総体であつて、部分的に決定されなければ一般的にも決定されない。部分的具体的にでも因果律に支配されない精神的存在が有るとすれば、それは絶対的な非決定論なのであつて相対的非決定論ではなく、いわゆる相対的非決定論はハード・インデターミニズムであり絶対的非決定論なのである。因果律の支配をうけない「何物」かの存在を信じるということは客観的に自由意志が存在するか否かということと、「自由意思を選択している」という意識——自由意識が存在していることを区別しないことから生ずるのである。自由意識の存在が自由意思存在の証明にならないことは、未成年者や精神障害者の行動と意識を見れば直ぐに気が注くことである。また普通人の行為であつてもその意思決定において深層心理の影響により無意識的に意思決定をすることが多いのは深層心理学の示す処である。自由意思があるという意識の存在は決して自由意思の存在を意味するものではない。

第二の規範と事実を区別する立場からの自由意思論も非常に多く主張されているようである。規範の世界と事実の世界

を区別し、當為の世界である刑法規範の解釈に於ては事実の世界と異なる法則が適用されることを主張するのは当然の主張である。したがって事実の世界に於ける因果律の支配の原則は規範の世界に当然には当てはまらないし、ここに於ては全く拘束をうけぬ自由な意思決定——自由意思——を存在するものと想定することが出来る。そして多くの意見はここに基き、法の解釈的原理として自由意思の存在を主張し、かつ規範的に自由意思が想定されれば、それで以て足りると解するのである。例えば植松教授も一方に於て心理学的な意思が、他の要素から規制されることを認めながらも、公準としての自由意思を主張され、さらにそこから応報刑を導くのである。(註三)

後述するように自説も規範と事実、価値評価と存在を対立せしめて考え、前者にはいわゆる自由意思(正確には自由意識)を認め、後者ではこれを否定している。ゆえに規範と存在を区別するのは当然なことであるが、問題はその後である。植松説でも心理的意識は自由でないと言われているが規範的には公準としてこれが存在するものとされ、ここから応報刑が主張されている。しかし自説によればこれは逆である。規範的に自由意思が認められるということだけではそのことだけで止まり、責任を評価決定する場合には心理的意識の方が重視されねばならないと思われる。何となれば規範的公準は根拠をもたずに想定されるのではなく心理的現象や存在的事実に基いて定められるのであり、また責任判断により現実に受刑するのは規範的人間像ではなく、現実的存在としての人であるからである。したがって自説では規範的意味での自由意思によりなされた違法行為に対する責任は規範的責任であり、心理的事実的關係より生ずる可罰的責任とは別個であることになのである。

第三の心理過程において因果律の適用を認めない説については余り多くの言葉を要しない。ただ今日の心理学では「意思」という概念すら捨てられつつあり、いわゆる「意思」とは欲求と充足という心理的現象に分解されつつあるということを示せばよいと思う。(註四)

## (二) ハード・デターミニニズムについて

イタリーの実証主義学派や我が牧野博士の主観主義における自由意思に関する立場はいわばハード・デターミニニズムと云えよう。心理的現象としての意思が素質・環境の規制の下に於かれ応報刑論者の前提とする自由な意思決定ということはありません。

心理学的な意味に於て自由意思を考えれば当然の結論である。

しかし刑法解釈学としては規範の概念を用いないことは主観主義に立つものとしても考えざるを得ない。例えば反社会的危険性の概念であるが、ロンブローゾ等に於てはこの悪性ないしは反社会的危険性の危険性とは自然犯における危険性を意味している。殺人犯、強盗犯の反社会的危険性ということは直ぐ判る概念である。しかし反社会的危険性は責任あるいは犯罪の本質とされる結果、過失犯や行政犯においても反社会的危険性を考えねばならなくなった。過失犯の悪性とか、その累犯可能性というようなものは考え難いことである。主観主義はこのように規範や構成要件についてこれを重視することをしない結果やや無理な刑法の解釈をすることになった。共犯の行為共同説、錯誤の抽象符合説などである。やはり規範科学としての刑法解釈学は規範的現象を心理的現象から切離し、いわば二元論的に自由意思の問題を考えるべきであろう。自説はそこでハード・デターミニニズムからソフト・デターミニニズムに変わったのである。

## (三) ノワコウスキーのソフト・デターミニニズム

ノワコウスキーは近代学派の傾向が強いオーストリアの刑法学の影響を受けていて、自由意思論に於ても堅い非決定論に反対している。「刑法的責任を問う際に、犯罪をなした意思行為を行為選択の自由を濫用したと解することは非決定論者にも出来ない。人は基本的に選択の自由を有するかも知れないが、この自由は無制限ではないし、心理作用の物理的要

素に支配されていることは疑がない」と云いさらに「行為の際に他の行為をなし得たか否かも証明出来ることではない」と云う。しかし彼は結局「この問題についてのアルキメデスの点はない」とし各人の信念の問題であるとするのである。

ノワコウスキーはしかし不可知論に止まるのではなく、この問題を責任論として解決しようとする。すなわち在来の非決定論——応報刑、決定論——目的刑、という系列的思考法を批判し、応報刑か目的刑かという問題と決定論、非決定論とは一応別個であるとするのである。そして応報 *Vergeltung* という概念を在来のように贖罪を意味する許りでなく業績 *Leistung* をも意味するように拡張すればここに特別予防や目的刑をも含み得ると主張するのである。ノワコウスキーの刑罰論は目的刑論であるが、それがこの拡張された応報概念により、一つの応報といわれるならば、この意味に於て刑法における決定論非決定論の論争は妥協点に到達しているのであり、その意味で彼の自由意思論は一のソフト・デターミニズムである。(註五)

#### (四) 平野教授のソフト・デターミニズム

平野教授は決定論に基く自由意思論——ソフト・デターミニズムを主張される。同教授の主張はカリフォルニア大学の教授達の主張と大体一致する。

すなわち自由の概念と強制の概念を区別し、強制のないことが自由であるとし、したがって意思が決定されているか否かと、自由があるか否かとは別の問題とされる。それゆえに決定論をとっても自由意思はあることになる。

そしてこのことから責任論も導き出され、「外からの強制によってこの行為をなしたのではなく、「自分が原因である」ということが責任である」(註六)といわれる。

自由意思肯定論の多い今日に於て平野教授の主張は注目すべきものである。

しかしこのような考えに対し「随意的行為すなわち自由は決定せられていることを承認するが、それが如何にして承認

せられ得るかということが問題である」という批判が出される。(註七) 「自由とは強制のないことという日常的常識の立場と学問の立場との交錯が問題となる場合に、前者の立場に止ることは、方法として不十分ではないであろうか」とされるのである。

云い換えれば自由の概念を選択の自由と解して、行為の時に他の行為をなし得たか否か(他行為可能性存在の有無)を問題にし、これが存在した時に自由があり、そのなかった時は意思は決定されていたとするのが通常の自由意思の概念である。シュリックや平野教授はこれを「強制のない行為はすべて自由である」と解し、自由と強制を対立させ、自由の概念を縮小している。したがって強制されてさえないなければ、素質、環境等により決定されている意思決定でも自由意思による行為ということになる。このように解すれば自由意思を認めても決定論をとり得ることになる。しかしこの自由意思概念は通常の意味から変ってしまったので「人の意思は自由に決定できるのかどうか」という自由意思論の本来の問題は未解決のままに置かれることになる。(註八)

#### (五) エンギツシュのソフト・データミニズム

エンギツシュも決定論に立つ者の一人であつて、非決定論や相対的非決定論を支持してはいない。しかし彼の表現はややあいまいであつて決定論特に絶対的決定論を支持するとは云っていない。

彼は自説の代りにメルケルを挙げて、メルケルの「行為は性格から流れ出るものであるが、責任を問うときは、行為にあらわれたその特性が問題になる。」とし(註九)(1)精神界において因果律が妥当するか否か (2) 他行為可能性 (3) その立証 (4) 責任と応報概念 の四点を問題にする。

第一の問題においては、精神界——心理現象においても、物理現象と同様の因果律が支配することは、積極的に肯定は出来ないにしても、全く否定することも出来ないものとし消極的肯定の立場をとる。精神現象においても物理的現象と同

様の因果律はないにしても、これと類似の因果律はあると考える方が、これがなく、全く自由奔放な世界を想定するよりも合理的であろう。

第二と第三の他行為可能性の問題は、人間の行為の一回性に鑑み、行為の際における他行為可能性の存在は理論的には云い得ても、少く共立証は困難であるとする。したがって自由意思の意味を他行為可能性の存在と解すれば、かかる自由は存在しないものと解すべきことになる。

応報概念や責任概念の修正ないし拡張は上記の様に考えてくれば当然に問題になり、それがエンギツシユの結論でもある。この点については後にふれることにしよう。

エンギツシユはついでハルトマン、メッガー、ヴェルツェル等のソフト・データミニズムについてこれを批判する。

ハルトマンについては決定には二種あり、因果的決定と道徳的決定の二つの決定があるが、積極的自由の層はゾルレンの層であつて「決定」の意味を超えていると批判する。メッガーの因果の思考形式の他に「自発性の思考形式」を認める考え方は因果の概念を盲目的なものに限定しているのであつて、内容的にも明確でないとする。

そしてヴェルツェルであるが、ヴェルツェルの「深層から生ずる欲望を意味と価値の層によつて操作することが自由である」という考えには、次の欠点がありとする。

- (1) 不在論と価値論の混同
  - (2) 意味的決定も決定の一種ではないか。
  - (3) 右と反対に犯罪的意思も価値に従っているのではないか。
  - (4) 不自由な意思のみが非難される意思になりはしないか。
  - (5) 意味的な自己決定の「能力がある」ことが自由だとすれば自由は状態になりハルトマンと一致する。
- エンギツシユ自身の自由意思論はどうなのか。この点については彼はノワコウスキーの「特別予防、一般予防の要求に

とつては自由意思は必要でない。……」という言葉を引用し、決定論に立っていることを間接に云うに止まる。そして責任との関係については性格責任を主張するのである。彼はポツケルマンやメツガーの行状責任を行為責任として排し、個々の行為にあわわれた限度での性格——人格の形象——の責任を問うものとする、一の決定論の上に立った応報刑論であると云い得る。(註一〇)

#### (六) 責任概念の質的転換論

自由意思の存在を肯定する絶対的非決定論は上述のように成立し得ないものであり、相対的非決定論も論理的に成立し得ない。また絶対的決定論も上述のように規範科学としての刑法論に妥当し得ぬとすれば、結論として相対的決定論にならざるを得ないが、このソフト・データミニズムの諸説にも種々の難点があるとすると、この決定論、非決定論さらに責任の本質については如何に考うべきであるか。

筆者の結論は決定論、非決定論の双方を認めることに帰着する。すなわちザインとしての人間の行為、責任の關係に於てはこれを決定論で理解し、これと併行的に、規範科学の面に於ては自由意思の存在を認め、この自由意識に基く自由意思の主体に責任を認めるのである。ザインとしての行為、責任の主体を筆者は「真の主体」と呼び、その責任を可罰的責任と称し、規範の面における主体を「仮の主体」、その責任を「規範的責任」と呼び度いと思う。「真の主体」すなわちザインとしての人間の行為主体は自由意思を持たない主体であり、物的なものに規制される主体である。自由意思を持たないものであるから、これに応報的責任をここに求めることは出来ず、求め得るものは刑事政策的に社会から必要とされる責任すなわち「可罰的責任」である。「仮の主体」は自由意識の主体であり、自由意識の下に行為を選択し、自己の行為であるとの意識の下に行為を行う。ここに責任を求めることは可能である。しかし自由意識の主体は真に自由意思に基いて行為をしているのではなく、その意識があるに過ぎない。したがってそれは客観的な真の行為者主体ではなく、「仮の



主体」に過ぎず、そこに求められる責任は規範に違反したという事実に対する責任すなわち「規範的責任」である。規範的責任は規範に違反したという事実に対する行為者に求められる責任であって、単に規範に違反したという事実をいうのではないから行為の違法性をいうのではなく、一の責任概念である。規範的責任論はこれと同じ意味で責任を定義しているが、規範的責任論では規範違反の事実に対し社会が行為者に与える非難可能性を責任とする。しかし本稿にいう規範的責任は自由意思を前提とはしないから非難可能性ということは考えられず、単に規範に違反したということ、すなわち規範違反性を責任というに過ぎない。

このように責任概念に二種あるものとする見解は宮本英修博士の採られたところである。宮本説は規範（ノルム）と刑法（ゲゼツ）を対比し規範的評価と可罰的評価を対立せしめて居る。本稿でも規範的責任と事実（人間）的評価——可罰的責任を対立せしめていたので細い点の相違はあっても大局的には宮本説と同じ見解である。

非決定論を排して決定論をとりながら、ソフト・データミニズムの立場に立てば二種の責任概念に到達するのは当然である。ただ行為主体たる人間は一個の存在であるから、二個の責任概念は帰一せしめねばならない。これを如何にして帰一せしめるかが問題である。

宮本博士は「可罰的評価の対象たる行為は先づ違法行為たることを要する結果として、刑法的に評価せらるべき事実の範囲は予め規範的評価によって制約をうける。」（註十一）とし、規範的評価と可罰的評価が上、下の二重構造をなし、前者の上の後者が立つことを主張される。しかしなぜ規範的評価が可罰的評価に変わるかについては、単に「実際の科刑においては種々の事情を考慮せねばならないから」と云われるのみである。佐伯教授も同様である。可罰的評価がなされるのは規範的評価はゾレンであり、実際に受刑するのはザインたる人間であるからと云うべきであろう。

また宮本説は責任概念の二重性から、故意、過失、責任能力についても何れも規範的意義でのそれと、可罰的意義でのそれらを区別し、両立するものとする。しかし二重の故意、過失、責任能力を認めることは責任概念を余りに複雑化し

ている。自説では故意、過失は責任概念を生ぜしめる前提たる心理的事実およびその規範的評価から認められるものであるから、責任概念は二重であっても、故意、過失、責任概念の概念はそれぞれ単一であつて足りると解する。この点で宮本説の異なる。また主観的違法ということも一般的には自説はとつていない。

概して云えば自説は一のソフト・テターミニズムであるが、ノワコウスキー、エンギツシユあるいはヴェルツェルのそれらとは異なり、ケルゼンや宮本説に近く、二種の責任概念を認めるものである。しかし宮本説のように故意、過失概念にまでそれを推し進めず、責任概念のなかだけに止めるものである。つまり、二種の責任概念を認め、その質的転換を認めることによつて一の刑法理論体系を構成できると解するのである。

#### (七) 質的転換論の適用

ソフト・テターミニズムに基く責任の質的転換という考え方を主張するとすると、それは刑法論に何のような体系を主張することになるか。決定論に立つのはたやすいが、それが非決定論と殆ど変らない結論になれば、決定論を主張する必要もない。勿論両者が異なる世界観である以上同じ結論に達する筈はない。しかし規範の面に於ては余り変つた解釈にならないこともあり得る。自説のようにソフト・テターミニズムをとり、規範の面に於ては非決定論を、事実の面に於ては決定論をとれば、その刑法論は責任論では決定論をとり、他の分野では非決定論を全面的に認めるといふことになる恐れがある。それでは決定論と非決定論を無理に結び付けた折衷論になる。

実はここに決定論の理論構成の困難さがあり、決定論をとる人の少い理由があると思われる。非決定論により自由意思を前提として刑法を解釈すれば理論構成は要易である。あとは構成要件の解釈の技術的問題が残るだけだからである。

しかし種々様々な議論にもかかわらず、ここでは決定論をとり自由意思を否定したのであるから自説の立場では自由意思は存在しないのである。ただ規範の面に於てそれが想定されているに過ぎない。そしてこの両者をどう結合させるのか

その輪郭を画いてみよう。

### (1) 未遂犯への適用

未遂犯についてまづ考えてみると、未遂における実行の着手点決定の問題については、これまで主観説と客観説が対立している。実行の着手点は不可罰的予備行為と可罰的未遂犯を区別するものであるから、未遂概念の基本を規定するものである。客観説は構成要件を中心として、構成要件概当行為の一部の着手が実行の着手であるとする。これに対し主観説は犯罪人の反社会的危険性が表現されたときに実行の着手があるとす。そして判例通説は客観説をとりながらこれに主観説的な概念の拡張をなして折衷説をとっていると云い得よう。近接密着説等がそうである。

要するに客観説は構成要件を違法類型と考えるがゆえに構成要件的行為以前の行為はすべて予備と考えざるを得ない。構成要件的行為は勿論特別構成要件的行為でなければならぬから、各構成要件特有の性格を具え、他の構成要件と区別できる程度の明確さを持たねばならない。したがって犯罪の意思は明白であつても、いかなる構成要件に概当するか不分明の行為はその犯罪の未遂にならない。例えば窃盜の準備として目的とする家の畜犬に餌を与えて手なづける行為や、人を襲うつもりで木蔭に隠れている行為などである。

これに対し主観説は犯罪人に着目し危険性を基本とするから危険性の表現があればすべて実行の着手である。単なる犯罪の決意の表明も実行の着手となるであろう。

客観説と主観説は一方は規範である構成要件に基礎を於いて実行着手を規定し、他は事実である危険性を考えてこれを規定するものであるから両者の定義は質を異にするのであつて、その何れか一方を正とし、他を誤りとすることは出来ない。前者はゾレンであり、後者はサインである。

このことからして単純に両者を結合させる近接密接説も誤りである。ゾレンとサインは単純に結合され得ないからであ

る。

この実行着手の問題について「責任概念の質的転換」という自説はよく適合するよう思う。責任を規範的責任と可罰的責任に分けて考えれば、実行着手に於ける客観説は規範的責任を云っているのである。すなわち構成要件は規範を具体的に表現したものであるから具体的規範である構成要件を充足した行為であって始めて実行々々になる。したがって構成要件概当行為の一部でも開始した者は、実行々々を禁止規範に反してなしたという規範的責任を負うのである。客観説はこのことを云っているのである。そしてその限りで客観説は正しいのである。

しかし自説によればこの規範的責任は可罰的責任に転換されねばならない。可罰的責任は具体的人間が具体的事情に基いて負担すべき責任であり、合目的的刑罰を課すべき根拠である。可罰的責任を認めるには行為者の素質・性格・環境・経歴・再犯の可能性を考え具体的に決定されねばならない。実行の着手を定めるにも、具体的事情を考え刑罰を課す必要性を考えて、必しも構成要件を基準とせずに定めらるべきである。

しかしして規範的責任としての実行着手と可罰的責任としての実行着手は一致しないことがあり得るが、この場合その何れを採るべきかは「質の転換」の理論により後者とすべきである。何となれば現実に刑罰を課さるべきは前述したように「真の行為者主体」——事後的行為者主体であるからである。

それでは規範や構成要件上認められる規範的責任は名目的なものであって何の実際上の意味を持たないものであるか、というところ規範的責任は行為者が自由意識により自己の行為としてなした行為の責任であるから可罰的責任を定める基礎である。この規範的責任を基準として、あるいは構成要件に概当しない行為に可罰的責任を認めたり、または構成要件に概当しても可罰的責任を認めないことがあり得るのである。

実行の着手点についても一般的に構成要件的行為の開始とみられる行為は実行の着手と考えられるが、行為者の危険性、具体的事情等からみて、それ以外の行為に実行の着手を認めたり、それに含まれる行為でも実行の着手としない場合があ

り得る。

## (2) 共犯概念への適用

共犯における独立性説、従属性説の対立も主観主義、客観主義の対立の問題として、対立したままの姿でいるのが現状である。この問題について自説のソフト・データミニズムと責任の質的転換論を適用すれば問題を明確にするのに役立つと思われる。

客観主義、共犯従属性説の共犯概念は構成要件を基礎にして共犯を規定するものであり、規範的に共犯概念を把らえるものである。規範——構成要件は構成要件的行為する典型的人間像を正犯と想定し、正犯の行為を構成要件の基本的犯罪行為すなわち実行行為と規定する。ここから当然に加担犯の行為を準実行行為とし、実行行為に従属性をもつものとする。規範的意義において、かかる人間像やその行為を規定し、これにより刑法を解釈しようとするのは、その限りにおいて正しいのである。

かかる行為者主体は小生の言う「仮の主体」であり規範的意義における行為者主体である。したがってかかる規範的行為者主体が違法行為をなしたことにより負担すべき責任は規範的責任である。

これに対し独立性説の共犯の概念は「真の行為者主体」による行為の概念であり、ゾレンではなくザインとしての事実的行為者主体による行為の概念である。この意味の行為者は素質、環境に支配され、その行った犯罪行為はその危険性の表現である。その犯罪行為は危険行為であるから、必しも構成要件と一致しない。例えば教唆の未遂において、かかる教唆は従属性説からは実行行為でないことになるが、独立性説によれば実行行為とされる。

両説の対立はこれまで絶対的なものとされ何れかその一方を採るべきものとされた。しかしソフト・データミニズムを採ればこれは必しも絶対的対立ではない。従属性説は規範的意義における共犯概念であり、独立性説は事実的意義におけ

る共犯概念であって、双方共それぞれの限度において正しいのである。つまり前者から生ずるのは規範的責任、後者からは可罰的責任であって、二つの責任概念は質的転換理論により合一される。すなわち共犯についても共犯概念は構成要件的にその範囲が定められ、これを基準として可罰的責任が共犯について定められる。教唆の未遂の例で云えば教唆の未遂は規範的意義では共犯とならないのであり、規範的責任は生じないが、行為者の可罰的責任を考えれば共犯成立の範囲は構成要件より拡張して認められるであろう。従って無限にはではなく、構成要件を基準としてそれを拡張した範囲に於て可罰的責任を課し得る共犯を認めうるであろう。ゆえに教唆の未遂も場合により責任を生ずるのである。

註一 小野清一郎・刑法講義

木村亀二・刑法総論

註二 植松正・刑法概論三一頁

註三 植松正・同 右

註四 戸川行男・「意思」筑摩書房

註五 Nowakowsky, Freiheit, Schuld, Vergeltung, Rittler Festschrift.

註六 平野竜一・意思の自由と刑事責任、二五五頁

註七 本学、中堀教授論稿「自由と決定」

註八 市井三郎「哲学的分析」大森莊蔵「決定論の論理と自由」

註九 Engisch; Lehre der Willensfreiheit, 1963.

註一〇 平野、法協八〇巻五号

註一一 宮本英修 規範的評価と可罰的評価、牧野還歴論文集一三頁