

# 可罰的責任論の構造

大山 弘

## 目次

- 一 はじめに
- 二 一段階的構成と二段階的構成（松原教授の分析）
- 三 一段階的構成の諸相と問題点
- 四 私見の再論
- 五 おわりに
- 一 はじめに

刑事責任の本質をめぐっては、学説史上、鋭い対立があり、それはいまなお解消されていないが、現在では、責任を行為者に対する非難可能性と捉える規範的責任論が一般的な承認を受けている。他方、刑法上の責任は処罰に値する内容をもつものでなければならぬという意味で可罰的責任論も広く承認されている。当初は、消極

的責任主義を前提にして、規範的責任を限定するという趣旨で可罰的責任論が提唱されていたといえよう。

しかし、とりわけ一九七〇年代後半から、当時の西ドイツ刑法学の影響を受けて、わが国においても、刑法上の責任概念の脱倫理化・合理化が主張され、応報刑ではなく、目的刑（予防目的）と調和する責任概念の構築が、「可罰的責任論」、「実質的責任論」あるいは「予防論的責任論」と呼ばれる形で議論されてきたのは周知のとおりである。<sup>(1)</sup>

筆者も、かつて、一九八〇年代前半までに展開された内外の議論を紹介・検討して自説を述べたことがある。<sup>(2)</sup>

しかしそれから約二十年の時が経過した。その間、研究テーマが責任論から少し離れ、可罰的責任論について深く考察する機会がなかった。ところが、近年、松原芳博教授の論稿「可罰的責任論の現状と展望——一段階的構成と二段階的構成——」（九州国際大学法学論集第五卷二・三合併号八九頁以下）において、同教授から筆者の可罰的責任論の考え方について適切なご批判をいただいた。そこで、本稿では、松原教授のご批判を踏まえつつ、私見の再論を試みたいと思う。

(1) 近時の議論状況については、曾根威彦「刑法における責任と予防」奥島孝康・田中成明編『法学の根底にあるもの』（一九九七年）三七五頁以下、山中敬一「可罰的責任について——期待可能性の理論の体系的地位——」西原春夫先生古稀祝賀論文集第二卷（一九九八年）一三七頁以下参照。

(2) 拙稿「責任と予防に関する一考察——可罰的責任評価をめぐって——」関西大学法学論集三二卷五号（一九八二年）六六頁以下、同「期待可能性の構造について——『可罰的責任』の観点からの一考察——」犯罪と刑罰第二号（一九八六年）一七頁以下。

## 二 一段階的構成と二段階的構成（松原教授の分析）

### （一） 松原教授の見解

松原教授は、可罰的責任論を構造的に分析されて、一段階的構成と二段階的構成の対立点を明らかにし、二段階的構成を批判して、一段階的構成の妥当性を論証しようとする。以下では、まず教授の見解を論稿<sup>1</sup>に従って要約しておく。

まず「はじめに」において、教授は、二つの責任概念の関係、すなわち、責任の本質を違法行為に出たことに対する非難可能性に見だし、それゆえ適法行為に出ることへの期待可能性がなければ責任を問えないとする「規範的責任概念」と、刑法上の責任とは刑罰という強力な制裁を必要とするほど強力なものであり、しかも刑罰に適する性質をもつものでなければならないという「可罰的責任概念」との関係が十分には解明されていないとして、両者は「一応別個の概念であって、前者により確定された（一般的）責任を可罰性の考慮によって限定するという趣旨（二段階的構成）であるのか、それとも規範的責任概念自体のなかに可罰性の考慮を織り込んでゆくという趣旨（一段階的構成）なのだろうか」と問題提起をされ、また「可罰的責任において考慮される『可罰性』の内容についても必ずしも明らかでない」とされる（九〇頁）。そして「責任判断の構造を最もよく反映している期待可能性論を主たる素材として、わが国における可罰的責任論を一段階的構成と二段階的構成との対立という視点から検討することを通じて、規範的責任概念と可罰的責任概念との関係、可罰的責任概念における可罰性の内容、ならびに責任段階における可罰性の判断枠組みについて示唆を得たい」とされる（九一頁）。

「一、わが国における可罰的責任概念の展開と現状」において、教授は、まず、可罰的責任概念の端緒を、刑

法の謙抑性の観点から規範的評価と可罰的評価とを対置し、これに対応して規範的責任と可罰的責任を区別した宮本英脩博士の見解に見出し、そして、宮本説を客観的違法論の見地から可罰的違法性と可罰的責任とに分けて、今日的意味における可罰的責任概念を完成させたのが佐伯千仞博士だと位置づけられる(九四頁)。ただ、佐伯博士が説くように、「期待可能性判断が国家の要求・期待に依存するものだとすると、この国家の要求・期待という観点を通じてすでに期待可能性判断のなかに可罰性の考慮が導入され、それゆえ規範的責任自体が可罰的考慮に担われるということにならないであろうか。この点では、佐伯博士の期待可能性論は、むしろ規範的責任そのものを可罰的責任として構成するという一段階的構成と親和性を有している」と評価され(九六頁)、佐伯説は「体系構成の前提として分析概念の次元で規範的責任概念と可罰的責任概念とを対置しているにとどまり、犯罪論体系上の評価段階としての責任については、端的に可罰的責任により一段階的に構成していると理解することも不可能でない」とされる(九七頁)。

つぎに、可罰的責任概念を二段階的に構成する考え方として、筆者と浅田和茂教授の見解を紹介され、この見解は「期待可能性論の内部で規範的責任と可罰的責任とを評価段階として明確に対置され、両者における評価の目標(責任非難と予防目的)、評価の基礎(主観的行為事情と客観的行為事情)、評価の基準(行為者標準と国家標準〔刑事政策の基本指針〕)等に関する相違を明らかにすることによって二段階的構成の可能性と有用性を示されたもの」としながらも、「ここで前提とされている責任と予防の対立的把握が合理的であるかどうか、責任原理の担保という目的にとつて二段階的構成が適合性を有するのか、また規範的責任と可罰的責任における評価の目標・基礎・基準における区別が貫徹されるかは、なお検討を必要とする」とされる(一〇〇頁～一〇二頁)。さらに、教授は、非難可能性としての広義の責任の内部で、規範適合的決定可能性としての「狭義の責任」と特

異なる外部的事情によって非難可能性が消滅ないし低減する場合の「可罰的責任」を区別する山中敬一教授の見解を二段階的構成の考え方に位置づけて、「山中教授の見解は、期待可能性判断における評価的側面に着目し、評価する側と評価される側の緊張関係のなかに目的合理的・機能的な契機を見いだされたものとして注目に値する。ここでは、規範的責任と可罰的責任との対立的把握から脱却し、むしろ『期待可能性』概念ないし『非難可能性』概念の内部において両者を止揚する方向が示唆されている」と評価しながらも、「可罰的責任を期待可能性の問題領域に限定するのは、その本来の活動領域を狭めてしまう」と批判される（一〇四頁）。「なぜなら、法秩序による期待と期待される個人の緊張関係という期待可能性の思想は、責任能力や違法性の意識の可能性から区別された意味での狭義の期待可能性判断にのみ妥当するものではなく、責任判断の全体を支配する思考枠組みであると解されるからである」とされる（一〇五頁）。

これに対して、責任概念そのものを可罰性の観点から規定して、刑法上の責任を一段階的に構成する見解として、平野龍一博士、林美月子教授、林幹人教授の見解を挙げられ、「一段階的構成は、佐伯博士の期待可能性の觀念に内在していた目的論的な契機を顕在化させ、国家ないし法秩序による期待を決定する要因のなかに可罰性の考慮とくに刑罰目的の考慮を含めることによって、刑法上の責任非難そのものを刑罰關係的に把握するものといえよう。ここでは、評価目標に関しては刑罰目的ないし刑事政策的考慮の意義が強調されているものの、評価対象はあくまで行為者の規範意識に求められており、したがって、必ずしも非難の契機は放棄されていない。むしろ、わが国での一段階的構成は、責任非難と予防目的の内容的な止揚を目指すものといえよう。一段階的構成が責任原理の放棄につながるか否かは、そこで考慮される予防目的の内容と、考慮の方法いかんにかかっている」とされる（一〇八頁）。

「二、可罰的違法性と可罰的責任」において、教授は、二段階的構成の体系論的根拠である可罰的違法性論と可罰的責任論との平行的理解は必然的なものかと問う（一一〇頁）。

まず、やわらかな違法一元論に基づいて「一般規範的違法——可罰的違法という二段階的構成を採ることには疑問がある。なぜなら、かような二段階的構成を貫徹するためには、構成要件（ないし犯罪類型）該当性に先立って一般的違法性を確定しなければならぬと思われるからである」とし、「構成要件該当性を違法性に先行させる体系を採るということは、とりもなおさず犯罪の成否を検討するための目的論的体系を選択したことにほかならない。かような目的論的な体系の内部においては、違法性概念は、犯罪の成否を検討するという目的に導かれて、端的に刑法的違法性として現れるのが一貫している」のであり（一一二頁）、要するに「違法性論における二段階的構成は、行為をまず一般的な規範的違法性という属性によって限定し、次に特殊刑法的な可罰的違法性という属性によって限定するという範疇論的体系を前提とするものであって、構成要件該当性から出発する目的論的体系とは異質なものといわざるをえない」のであって、このことは可罰的責任概念にも妥当し、「構成要件該当性を出発点とする目的論的体系においては、責任概念についても端的に刑法的責任として一段階的構成の形で現れるものと解する」とされる（一一三頁）。

そして、「仮にやわらかな違法一元論に立脚し違法論において二段階的構成を採ったとしても、責任論をこれと平行的に構成することが必然的なものであるかについては疑問がある」とされ、「責任判断には行為（ないし事態）に対する是非の判断は含まれていないから」、やわらかな違法一元論の実質的根拠である「法秩序の統一性の考慮は無用である」とされる（一一五頁）。さらに、民事過失と刑事過失の比較から、「仮に各法領域間における責任判断の統一性を要請するとしても、二段階的構成の論者が念頭に置いている規範的責任は、このような

統一的责任判断を担いうるものではない」とし、違法論では、刑法規範とは別に一般規範を想定することには一定の理由と実益があるかもしれないが、「責任論の次元では、一般規範を想定することにこれと同様の理由と実益を認めることはできない」とされる(一一六頁)。

「三、可罰的責任と責任原理」では、教授は、評価目標、評価の基礎、評価基準の三つの点において、二段階的構成論者が説く規範的責任と可罰的責任の区別の貫徹可能性と有用性のいかんを検討される。まず、規範的責任の「評価目標」は個人的非難であり、可罰的責任の「評価目標」は処罰の必要性だとされ、「責任」と「予防」を対立的に把握する筆者の考え方を批判し、「国家刑罰権の適切な限界づけは、刑罰目的の観点から合理化された責任非難、換言すれば刑罰による責任非難の伝達という形で洗練された予防目的というものによつてはじめて可能となる」のであり、「責任原理とは、単に責任によつて任意の予防的考慮に対して上限を設定するものにとどまらず、予防的考慮の内容自体を責任非難によつて規定し限定することを要求するもの」であるから、責任と予防は「犯罪論体系の内部においては異なる二つの評価段階として現れるものではなく、表裏一体の関係をなすものとして構成されねばならない」とされる(一二〇頁)。次に「評価の基礎」に関して、規範的責任では主観的行為事情であり、可罰的責任では客観的行為事情だと捉えた筆者の考え方を批判し、行為者の主観を離れた純客観的な事情を評価の基礎とすることは行為者の疎外につながり、また特別予防や一般予防目的とも合致しないとされる(一二二頁～一二三頁)。さらに「評価基準」に関しても、規範的責任評価は行為者基準説、可罰的責任評価は国家標準説が妥当するとした筆者の考え方を批判し、規範的責任評価においても行為者基準は貫徹困難であること、仮言的な他行為可能性の判断には条件設定に関する一定の基準が必要であり、「その基準は、抽象的にいえば、合目的性の観点、および処罰の正当性に関する対象者本人を含めた国民への説得性の観点——二つ

の観点は最終的には一致すると考えられる——から導かれるもの」だとされ（一二六頁）、「刑法上の責任判断においては、すでに規範的責任の次元で問題とされる『他行為可能性』の観念のなかに刑罰目的の観点が入っており、そこでは生理的能力や経験知識に関しては行為者が標準となる一方で、規範意識ないし法益尊重意識に関しては法秩序の要請が標準となる」とされる（一二七頁～一二八頁）。そして、このように「規範的責任と可罰的責任をその評価目標・基礎・基準によって質的に段階づけることは困難」であり、「もはや両者を『責任』という一つの体系的範疇に包摂することは不可能である」とされ、「二段階的構成にあっては、可罰的責任は『責任』論における地位を失い、むしろ『可罰性』ないし『要罰性』という独立の体系的範疇を構成すべきもの」だとされる（一三〇頁）。さらに、「可罰的責任を含めた責任概念から予防目的を排除することになると、刑罰目的を担う要素は犯罪概念（ないし犯罪論）の内部にはまったく存在しないことになってしまう。だが『犯罪』概念は、刑罰に対する法律要件として、刑罰の意義と正当化を説明しうるものでなければならぬ。それゆえ、絶対的応報刑論を放棄し目的刑論を採用した以上は、犯罪概念（ないし犯罪論）はその内部に目的論的な契機を含むことを求められる」とされる（一三一頁）。

「結びに代えて——可罰的責任概念における判断枠組み——」において、教授は、期待可能性判断における法秩序と行為者の緊張関係を指摘した佐伯博士の見解に依拠し、「この法秩序による期待を決定する要因は、まさしく刑法による同種行為の予防の必要性等の合目的考慮を含めた可罰性の考慮にほかならない。期待可能性の思想と可罰的責任の観念は、法秩序による期待という観点を媒介として一つに結びつくのである。しかも、評価主体と評価客体の緊張関係という期待可能性の発想は、狭い意味での期待可能性論に限定されたものではなく、規範的責任概念を基礎とする責任論全体を通じての思考枠組みである」とされ（一三三頁）、「一段階的な可罰的



責任の構想は、必ずしも心理的責任概念や規範的責任概念を無視しないし軽視しようとするものではない。かつて、規範的責任概念は、心理的責任概念を評価の対象ないし事実的基礎として取り込みつつ、責任論における評価的側面を明らかにした。そして、可罰的責任概念は、この規範的責任概念の判断枠組みを受け継ぎつつ、その評価目標（刑罰による非難伝達を用いた規範的予防）を明らかにしたものとされる（一三四頁）。そしてこのような可罰的責任概念は実定法上の多くの規定において具体化されており、また違法性の意識の可能性や期待可能性のような実定法上類型化されていない責任要件についても、それらを可罰的責任に位置づけて、「その判断構造を提示することは、責任阻却の範囲を広げ、閉塞状況にあるこれらの責任要件の活性化への途を拓くもの」だとして稿を締め括られている（一三五頁）。

(二) 犯罪論体系について

松原教授の考え方の基礎には目的論的体系論がある。教授によれば、構成要件——違法性——有責任（責任）という犯罪論の構成（三分説）は「犯罪の成否を検討するという目的」に導かれた体系、すなわち「目的論的体系」の思考であるが、一般規範の評価と可罰的評価に分ける思考（二段階的構成）は、思考対象を一般から特殊へと順次に限定してゆく「範疇論的体系」のそれであって、「目的論的体系」の思考とは異質であるから、「目的論的体系」を採用する限り二段階的構成は採用し得ないとされる。しかし、必ずしもそうは言い切れないように思われる。「目的論的体系」をどのように理解するかにもよるが、「犯罪の成否を検討するという目的」の中に「いかなる場合に合理的な処罰が許されるか」を判断するという目的も含められるとすれば、すなわち、「目的論的体系」を単なる要件論ではなく、あるべき刑事政策的目的を追求する動的システムと捉えるならば、<sup>(2)</sup>「目的

論的体系」を採用したうえで二段階的構成を採用することが直ちに矛盾するものであるとはいえないであろう。<sup>(3)</sup> なお、可罰的責任論を可罰的違法論と平行的に形式的に理解することは、松原教授が指摘されるように、適切ではないであろう。それは違法性判断と責任判断は構造が同一ではないからである。

(三) 私見に対する批判点

筆者は、かつて、厳密に言うとは責任概念自体ではなく、「責任阻却事由としての期待(不)可能性」の判断構造を規範的評価と可罰的評価の二段階に分けて論じた。この私見に対して松原教授は前述のとおり疑問を呈示される。ここで再度、その疑問を確認しておこう。すなわち、①責任と予防の対立的把握は合理的か疑問である。②責任原理の担保という目的にとって二段階的構造が適合性を有するか疑問である。③評価の目標・基礎・基準によって規範的責任と可罰的責任とを区別しうるか疑問である。以下ではこれらの疑問について考察することにし、たいが、その前に、松原教授が支持される一段階的構成の考え方について若干の検討をしておきたい。

(1) 松原芳博「可罰的責任論の現状と展望——一段階的構成と二段階的構成——」九州国際大学法学論集五巻二・三合併号(一九九九年)八九頁以下。

(2) 山中敬一『刑法総論I』(一九九九年)一一二頁以下参照。

(3) 松原教授の体系論に対して、鈴木茂嗣教授は、「犯罪の『認識論』ないし『認定論』を目指すのではなく、むしろ犯罪の『評価構造論』的観点に立てば、まさにかかる範疇的体系こそが目的論的な体系だといわなければならない。問題は何を目的として犯罪論体系を構築しようとするかである」とされる(鈴木茂嗣「刑事法学の動き」法時七二巻九号七四頁)。

### 三 一段階的構成の諸相と問題点

松原教授は、自ら支持する一段階的構成を説く学説として、平野龍一博士、林美月子教授、林幹人教授の各説を挙げられている。しかし各説で用いられている「責任」の概念や「予防」の内容などに踏み込んだ分析は十分になされていないように思われる。そこで、以下では、これらの学説をふくめて一段階的構成を説く諸学説の特徴と問題点を明らかにしておきたい。

#### (一) 一段階的構成の諸相

まず、松原教授が用いられている「一段階的構成」の意義を確認しておこう。教授によれば、「一段階的構成」とは、規範的責任概念と可罰的責任概念の關係につき、規範的責任概念自体のなかに可罰性の考慮を織り込む考え方をいう。つまり、「一段階的構成」の考え方（以下、一段階的構成説という。）とは、従来からの規範的責任論の中核である「非難可能性」概念のなかに刑罰による予防目的に適合する契機を見出し、「他行為可能性」を基準とする責任判断を予防目的（予防の必要性）によって補充又は代替すべきだと捉え、刑罰による予防の必要性がない場合には非難可能性自体が否定される（従って、論理的には、刑罰による予防の必要性があれば非難可能性も肯定される）とするものといえる。このような考え方は、刑罰が刑事政策的考慮と無關係ではあり得ない以上、犯罪論も何らかの刑事政策的考慮を抜きにしては成り立たないことから、刑罰目的論（犯罪予防論）によって犯罪成立要件の「責任」の本質（犯罪論）を根拠づけるもの、換言すれば予防目的を責任論に包摂しようとするものであり、犯罪予防という一定の目的ないし効果（予防論）を前提にした犯罪成立要件（解釈論）という

思考がその根底にある。

以上のような予防による責任の基礎づけという思考自体は、いわゆる近代学派によって古くから主張されていた「社会的責任論」と同様である。例えば、牧野英一博士の社会的責任論は典型的な特別予防論に立脚し、純粋な決定論の立場から犯罪者の「危険性」を対象としたものであった。また平野龍一博士は抑止刑論に立脚し、やわらかな決定論の立場から、人間心理の規範心理層に対する条件づけ機能をもつ展望的非難を内容とする社会規範的責任論（性格論的責任論ないし実質的行為責任論）を主張された。そして他方、佐伯千仞博士は基本的には応報刑論に立脚しつつも、「意思自由」の問題につき擬制説の立場から非難を回顧的に捉えた上で、しかしそれにとらわれない可罰的評価、すなわち、刑罰を加えるだけの責任非難（可罰的責任）という観点から、責任——目的——刑罰という理論を主張された。

近時、堀内捷三教授は、抑止刑論を支持し、責任論も絶対的応報刑論からの決別を成し遂げるべきだとの基本的視座から、以下のように論じられている。すなわち、従来の「責任」を基礎づけている「非難可能性」という概念は、もとより証明不可能な「個別的具体的他行為可能性」ではなく、一般人（法的平均人）社会統制の一手段としての刑法の目的に理解を示し、犯罪の予防と法益の保護に貢献する用意のある市民像）を基準とした一般抽象的他行為可能性を基準とせざるを得ないが、これは極めて「空虚」な概念である。そこで、ラディカルに、非難可能性を予防目的に置き換えることも可能であるが、より現実的には、非難可能性の内容を予防目的で補充すること、つまり実質的に予防目的を非難可能性の判断基準とすべきである。しかしそのことは予防目的が処罰を必要とするとき常に責任を肯定することを意味せず、故意過失という主観的要素の存在が前提として責任が肯定される以上、改めて予防目的が責任を基礎づけるために援用されることはなく、従って予防目的は責任を減輕

ないし阻却する方向でのみ機能するに過ぎない。そして実質的に予防目的を非難可能性の判断基準とすることによって、非難可能性は過去の行為に対する応報としての色彩を失い、行為者の改善と法益の保護という展望的な内容を獲得する。またこのように予防目的を責任の実質的基準と考へても、責任主義のもつ刑罰限定機能は非難可能性に基づかない外在的原理である「比例・均衡原則」(法治国家原理)から導き出されるので、この原則によって、予防目的から行為者の責任の程度を越える刑罰が科されることはない<sup>(1)</sup>とされる。

堀内説に対しては次のような問題点が指摘される。①「非難可能性」に回顧的な内容ではなく、展望的な内容をもたせることは妥当か。②「他行為可能性」の概念は本来に「空虚」なものなのか。確かにかつてそれらに「道義性」や「倫理性」が盛り込まれていたが、それらを否定して「予防目的」を判断基準とすることで、はたして責任概念の「合理性」や「説得性」を堅持しうるのか。③「予防」の内容はなにか。ここでは「いわゆる一般予防」というだけでその詳しい内容は明らかにされていない。④一方で、予防目的が非難可能性の実質的判断基準として責任を基礎づけるとしながら、他方で予防目的は責任を減輕ないし阻却する方向でしか機能しないとするのは論理的に一貫しないのではないか。⑤責任主義のもつ刑罰限定機能を「比例・均衡原則」に置き換えることは妥当か。⑥「期待可能性」を責任論体系上、どこに位置づけて、その判断構造はどのようなものになるかが明らかにされていない。

次に、伊東研祐教授は、責任非難と予防(一般予防と特別予防)の関係を以下のように論じられる。すなわち、やわらかな決定論も相対的意思自由論も行為者の「個別的な」他行為可能性を出発点にしているが、形式論理的にはそうだとしても、証明不可能であり、現実的・実質的には「一般人・平均人」の他行為可能性、つまり一般抽象的他行為可能性を前提とすることが実践的であり、それは期待可能性の判断基準として平均人説をとるこ

ととの整合性をもつ。ただ、人的不法論・行為無価値論体系においては、違法性判断との概念上の混同を避けるため、この一般的抽象的他行為可能性を前提とする非難、すなわち「一般的・平均的社会構成員として当該行為を思いとどまり得たはずなのにを行ったという無価値判断・非難」を従来の「責任」に代えて「行為帰責可能性」と呼びたい。また、応報刑論を前提としない限り、行為帰責可能性があるからといって処罰が論理的に命じられるわけではないから、この「行為帰責可能性」は処罰のための必要要件にすぎず、予防の必要性が十分条件とならねばならない。そして、いわゆる積極的一般予防とは、犯罪が行われることによって生じた規範侵害状態は処罰によって回復されるということの再確認を通じて、市民の規範秩序への信頼・規範遵守意識の維持・強化であると意義づけることができ、そこには刑罰根拠づけ機能と処罰限定規制原理が含まれていることから、積極的一般予防は行為帰責可能性と実質的に同一のものである。むしろ、いわゆる積極的特別予防（教育や治療的処遇を通じた犯罪者の再社会化・改善・社会復帰、あるいは一層の反社会化の回避）の必要性に極めて実質的な意義があり、それを行為帰責可能性と同格の犯罪構成要素（つまり第四の犯罪構成要素）とすべきである、とされる<sup>(2)</sup>。

伊東説に対しては、次のような問題点が指摘される。すなわち、①一般的抽象的他行為可能性が本当に現実的・実質的・合理的なものなのか。②人的不法論・行為無価値論体系からは、「責任非難」は「違法性判断」と実質的に重複するのではないか。③非難を回顧的に把握しながら、なぜそれが積極的一般予防と実質的に同一なのか。④積極的特別予防（の必要性）を第四の犯罪構成要素とした場合、それは「行為帰責可能性」≡積極的一般予防（の必要性）を限定づけるだけでなく、むしろ実質的にそれを越える範囲で処罰を根拠づけることになるのではないか。なお、可罰的責任論の構造の観点からみれば、伊東説は従来の「責任非難」と積極的一般予防を実質的に同一と解する点では一段階的構成といえるが、積極的特別予防をさらに独立して考慮する点では二段階

的構成ともいえる。

所一彦教授は、抑止刑論に立脚し、「やわらかな決定論」を基本的に支持しながら以下のように論じられる。すなわち、行為が仮に因果的に「決定」し尽くされていたとしても我々の選択可能の判断、したがってまた「自由」だという判断が意味を失うわけではない。つまり抑止刑の前提としての行為の因果的な被決定性は、違法行為を行うかどうかの選択が可能であることと矛盾しない。そして抑止刑を前提とすると、「抑止可能性」が責任の内容であるはずだが、それは偽装的に抑止効を否定する抵抗を生み出し、また国民一般と行為者との間に不公平をも生み出しうることから、「他行為可能性」によって代替する必要がある。この他行為可能性は、我々自身の内省に基づいて推測される「通常の他行為可能性」であればよく、その判断基準は行為者本人を含む「我々の総意」であり、仮言的な判断ではなく定言的な判断である。この他行為可能性から導き出される非難は、将来同種の行為の抑止に役立つからこそ加えられるのだ、とされている。<sup>(3)</sup>

所説に対しては以下のような問題点が指摘されうる。すなわち、①「選択可能性」とは自由意思があるから自由であるという、従来からの考え方と同じではないか。②「他行為可能性」の判断基準を行為者本人を含む「我々の総意」だとするのは、結局、一般的抽象的他行為可能性が措定されているのではないか。③「抑止可能性」(予防の必要性)を「他行為可能性」に置き換えることは可能か。抑止可能ならば他行為可能ということの論証が十分なされていない。

林幹人教授は、責任の内容そのものが刑法の目的・刑事政策的観点から規定されねばならないという基本的視点から、「規範的評価」と「可罰的評価」という二段階で責任判断を行う佐伯説を批判し、規範的評価そのものが可罰的評価でなければならぬとして、以下のように論じられている。すなわち、抑止刑論に立脚し、責任内

容を将来の犯罪を抑止する目的から規定する平野説は基本的に正当であるが、責任の内容は「刑罰」や「社会的非難」によって決定されうるのではなく、国家規範によって決定されうることでなければならぬ。刑法上の責任は、行為者が自己の規範意識に基づいて行為したときに認められる。つまり、刑法上の責任の基本的な内容は、あるべき規範意識をもっていれば適法行為に出る決意が可能であったにもかかわらず、あるべきでない規範意識によって違法行為に出る決意をしたことにある。非難はあくまでも行為者本人に向けられるが、その内容はあるべき規範意識をもつべきであったということである。それは、刑法の目的が犯罪の抑止（積極的一般予防行為者・一般人の規範遵守動機の強化）であり、刑罰の目的が国家規範の防衛にあるのだから、そのような場合にあつてはじめてこれを処罰することによって、将来同じような状況の下で、あるべき規範意識をもつように動機づけることができるからである。従つて他行為可能性とは、行為者の行為時の現実の規範意識に代えて、あるべき規範意識を置き換えたときに、他行為可能であつたことを意味する。このあるべき規範意識は国家の立場から一般人・平均人に対して要求し得るもので、相当レベルの低いものでなければならず（つまり、刑法は高いレベルの規範意識をもつことを一般人に要求していない）、このように相当レベルの低い規範意識をもつても他行為可能であつたのならば、これを処罰してそのような規範意識をもつべく将来にわたつて動機づけて違法行為を抑止すべきである。「可罰的責任」とはまさにこのことを意味する。そして責任の内容としての規範意識とは、刑罰の前提としての国家規範に対する意識のあり方、つまり国家規範による動機づけ可能性を意味する、とされる。<sup>(4)</sup>

林説に対しては次のような問題点を指摘することができよう。すなわち、①「あるべき規範意識」を他行為可能性の基準にすることは、結局、一般的抽象的他行為可能性が措定されているのではないか。②非難が行為者本



人の「規範意識」に向けられるだけでなく、性格や人格にまで向けられることにならないか。③「あるべき規範意識」とは何か。そこに犯罪予防目的のみならず、国家道義とか国家倫理といった一定の国家的価値観が関係づけられる可能性があるのではないか。④国家規範による動機づけ可能性の判断基準は何か。

(二) 一段階的構成における非難可能性の基準・対象・内容

以上みたように、一段階的構成をとる諸説は、一応責任の内容を非難可能性と捉えながらも、その判断基準である「他行為可能性」の意義を、行為者本人を基準とする「個別的具体的他行為可能性」はおよそ科学的に証明不可能であり、結局、一般人ないし平均人を基準とする「一般的抽象的他行為可能性」と解するべきだとする<sup>5)</sup> (一般的社会的責任概念)。しかし、このような考え方は、一般人にとつて適法行為が選択可能であれば、行為者にも選択可能であつたはずだという専断的な類推を意味することになり、それは行為者本人の責任非難を合理的に根拠づけることにはならず、責任非難の擬制性を一層増大させ、行為者本人に対する説得性を全く欠くことになるであろう。そしてなにより、一般人ないし平均人自体が極めて抽象的な概念であり、「一般的他行為可能性」も科学的に証明可能だとはいえないことは自明のことである。それにもかかわらず、一段階的構成説が一般人を基準とする一般的社会的責任概念を措定するのは、それに予防目的(特に一般予防)を関連づけて責任の實質(根拠づけ)を囿ろうとするからである。たとえば、堀内教授は、「一般人」を、現実の社会で生活する平均的な市民という意味ではなく、法的平均人、つまり立法者あるいは裁判官の描く平均人を措定し、それを「社会統制の手段としての刑法の目的に理解を示し、犯罪の予防と法益の保護に貢献する用意のある市民像」だと説明されている。しかしこのように一定の刑事政策目的に方向づけられた「一般人」を前提にすることは、責任非難の基準自体を著しく政策化・予防化するもので妥当とはいえない。また林教授は、このような一般人自体を

基準とするのではなく、また現実の規範意識でもない抽象的な「あるべき規範意識」を基準とされる。しかし、この「あるべき規範意識」も、国家が一般人に要求する規範意識（同教授によればそれは相当レベルの低いものではあるが）に他ならない。このように概念づけられた一般人ないしあるべき規範意識というものは犯罪予防に資する遺漏なき処罰を実現するための概念道具だと解することもできよう。<sup>(7)</sup>やはり行為者の責任（個別行為責任）を問う以上、行為者個人の他行為可能性を非難可能性の基準とすべきである。実際の裁判では、行為者個人の他行為可能性を判断するために、一定の類型化された行為事情が判断資料として必要になることはいうまでもない。確かに、責任を非難可能性と捉えるためには、科学的には証明不能な「意思の自由」を何らかの意味において前提としなければならず、また行為時に当該行為者が他行為可能であったという判断は一つの推定であることも事実であり、その意味では責任非難のもつフィクション性・擬制性自体は否定できないであろう。しかし、そうであるからこそ、行為者個人の他行為可能性を度外視して責任非難を単なる処罰のための国家にとって必要なフィクション・擬制に貶めることのないように、責任非難に合理性と説得性を付与するために可能な限り具体的行為者に即した他行為可能性が基準とされねばならない。<sup>(9)</sup>

次に非難の対象について一段階的構成説を分析してみよう。前述の諸説は非難の対象についてとくには言及していない。非難の対象が行為者の行った違法行為であるならば、それは「個別行為責任」の考え方として理解可能である。しかし、例えば林教授が、非難は行為者本人に向けられるが、その内容はあるべき規範意識（国家規範による動機づけ可能性）をもつべきであったということだとされるとき、非難の対象が行為者本人の性格や人格の危険性（国家規範による動機づけが困難な性格・人格）にまで向けられる可能性があるように思われる。したがって一段階的構成説の立場からは、その責任非難につき、従来の性格（論的）責任論や人格責任論との異同

が明らかにされねばならないであろう。

また一段階的構成説は、「非難」の内容を「展望的に」、すなわち、刑罰による行為者の将来の行動への条件づけと捉えている。しかもそれは、後に触れるように、いわば一般人の規範意識の覚せい・強化という「積極的一般予防」を取り込んだ展望的非難を意味する。しかしこのような意味をもつ展望的非難は非難のもつ本来的な意味とは異なるものである。すなわち、非難は、対象者の将来の行動の変更や一般人の規範意識の覚せい・強化という将来に向けての未確定な目的・効果をもたなくても成り立ちうるが、なにより過去に行われた違法行為について、行為者に対する否定的評価（叱責）を不可欠の要素としているのである。したがって非難は専ら回顧的に理解されるべきであろう。

(三) 一段階的構成における予防目的の内容

一段階的構成説は、犯罪抑止目的ないし一般予防目的、しかも近時は、刑罰による威嚇を通じて一般人を犯罪から遠ざけるという「消極的一般予防」ではなく、いわゆる「積極的一般予防」〔「規範的予防」〕、「統合的予防」などとも呼ばれる。〕<sup>(9)</sup>によって責任を基礎づけようとする。積極的一般予防について、行為規範たる刑罰法規による行為教導機能、規範意識の覚せい・強化という点で大まかな共通点はあるが、その詳細な内容は論者によって理解が異なる。<sup>(10)</sup>この点につき、例えば、伊東教授はドイツの議論を参考にして積極的一般予防論を次のように分類されている。すなわち①規範の刑罰化による保護対象及び規範遵守の重要性の公的(再)確認を通じて市民の規範遵守意識の強化とする説、②犯罪が行われることによって生じた規範侵害状態は処罰によって回復されるということの(再)確認を通じた市民の規範秩序への信頼・規範遵守意識の維持・強化とする説、③犯罪に対す

る処罰欲求（応報感情）の私的充足（リンチ）への誘因の現実的除去による市民の規範秩序への信頼・規範遵守意識の維持・強化等、規範の妥当力の強化・社会の安定化とする説があり、同教授は②説が刑罰を根拠づけまた限定づけるとされている。<sup>(11)</sup>しかし、このような意義づけは極めて観念的で規範的なものである。市民の規範秩序への信頼・規範遵守意識の維持・強化のために、なぜ行為者に対して刑罰が必要なのかは説明されておらず、結局、威嚇刑、応報刑の根拠づけの言い換えではないかという素朴な疑問が生じる。<sup>(12)</sup>また、市民の規範秩序への信頼・規範遵守意識の維持・強化という側面の強調は、結局、過度の規範主義の表れであり、「規範防衛」自体の自己目的化につながり、<sup>(13)</sup>新たな絶対的刑罰論に陥るのではないかという疑問もある。さらに、一段階的構成説が従来の責任概念を空虚だと批判し科学的実証的な責任概念を構築しようとするとき、その理論は積極的一般予防効果の科学的な証明結果に裏づけられていなければならないはずであるが、現在のところ、上記のように意義づけられた積極的一般予防効果の十分な科学的証明は存在しない。そしてなにより、積極的一般予防論自体には、責任原理のような刑罰を限定づけるための制約原理が内在しない点に問題がある。堀内教授が主張されるように、責任原理の代わりに「比例・均衡原理」を外在的な制約原理とするならば、さらに、空虚な「責任」以外の何と何との均衡なのか、何に対する比例なのかという原則的な問題がある。例えば、犯罪の結果を含めた行為の違法性と刑罰との均衡性だとすれば、刑罰と保安処分という刑事制裁制度に及ぶ基本問題がさらに生じることとなり、あるいは「予防しようとする将来の犯罪」と「科そうとする刑罰」との均衡だとすれば、「予防しようとする将来の犯罪」をどのようにして判断して、何を基準として「科そうとする刑罰」とバランスをとるのかという問題を解明しなければならないことになる。

(1) 堀内捷三「責任主義の現代的意義」警察研究六一巻一〇号（一九九〇年）三頁以下参照。

なお、同「責任論の課題」芝原・堀内・町野編『刑法理論の現代的展開総論Ⅰ』（一九八七年）一七二頁以下、同『刑法総論』（二〇〇〇年）八五頁以下も参照。

(2) 伊東研祐「責任非難と積極的一般予防・特別予防」福田・大塚博士古稀祝賀論集『刑事法学の総合的検討（上）』（一九九三年）二九九頁以下参照。なお、同「いわゆる責任論の近時の展開動向と犯罪論体系に関する一考察」莊子邦雄博士古稀祝賀論集『刑事法思想と理論』（一九九一年）六九頁以下も参照。

(3) 所一彦「抑止刑と自由意思」平野龍一先生古希祝賀論文集下巻（一九九一年）五九頁以下参照。なお、同「抑止刑再論——威嚇と条件づけ——」松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻（一九九八年）九七頁以下も参照。

(4) 林幹人「意思の自由と規範の防衛」同『刑法の基礎理論』（一九九五年）一頁以下参照。

(5) 曾根教授は、このような個別的具体的他行為可能性に対する疑念は過度の規範主義に起因するものだとされる。

曾根威彦「刑法における責任と予防」奥島孝康・田中成明編『法学の根底にあるもの』（一九九七年）三八二頁参照。  
 (6) 浅田和茂教授は、この点につき、責任非難は「汝為しうるが故に為すべし」といえる場合にのみ可能であって、一般人を標準にすることは「汝為すべきが故に為しうる」という不可能を強いることになる」と指摘される。同「責任能力論」芝原・堀内・町野編『刑法理論の現代的展開総論Ⅰ』（一九八七年）二二〇頁参照。

(7) 吉岡一男「刑事法の動き」法律時報六四巻八号（一九九二年）一〇四頁参照。

(8) 意思自由をめぐる決定論と非決定論の争いも、現在の刑法学においては、その具体的帰結についてはほとんど差異がない。刑法で問題とする責任非難の前提としての意思の自由は、実質的な意味ではなく、一つの法規範的要請であるといえる。なお、決定論と最近の責任論の特徴を批判的に論じたものとして、内田文昭「決定論と予防論——最近の『予防的責任論』をめぐる」香川達夫博士古稀祝賀論文集『刑事法学の課題と展望』（一九九六年）二四一頁以下参照。

(9) 内藤教授は、意思自由の証明・確定の不可能性から、他行為可能性を処罰の正当化根拠とするのではなく、他行

為可能性がないから責任を阻却ないし軽減するという方向でのみ考えるべきだとして、「刑罰限定的・消極的行為責任主義」を主張される。内藤謙『刑法講義総論(下) I』(一九九一年)七八頁参照。

- (10) ドイツの議論状況につき、田中久智・田中りつ子「積極的一般予防論に関する一考察」名城法学別冊・西山還暦記念号(一九八八年)一一五頁以下、神田宏「責任と刑罰の一般予防論的考察——予防目的の犯罪論的意義の再検討——」法と政治四二巻三号(一九九一年)七五頁以下、ミュラー・ディーツ(上田健二・浅田和茂訳)「一般予防の基本問題」同志社法学四四巻三号(一九九二年)二八頁以下、北野通世「積極的一般的予防」法学五九巻五号(一九九六年)、松宮孝明「『積極的一般予防論』と刑事立法の限界」光藤景皎先生古稀祝賀論文集下巻(二〇〇一年)九六七頁以下(同『刑事立法と犯罪体系』(二〇〇三年)所収)参照。

- (11) 伊東研祐「責任非難と積極的一般予防・特別予防」福田Ⅱ大塚博士古稀祝賀論集『刑事法学の総合的検討(上)』(一九九三年)三〇八頁以下参照。

- (12) 吉岡一男『自由刑論の新展開』(一九九七年)七頁以下参照。

- (13) 積極的一般予防論が規範予防論であることにつき、町野朔『刑法総論講義案Ⅰ(第二版)』(一九九五年)一六頁以下参照。曾根教授は、伊東説を例にして、積極的一般予防論が規範論や行為無価値論と強く結びついていることを指摘されている。曾根威彦「刑法における責任と予防」奥島孝康・田中成明編『法学の根底にあるもの』(一九九七年)三九七頁以下参照。

#### 四 私見の再論

##### (一) 責任と予防の関係

一段階的構成説には以上のような解明されるべき問題点が多々残されており、現段階では支持することはでき

ないように思われる。元来、責任と予防は別概念である。前者は回顧的な消極的評価概念、すなわち、過去に現実に行なわれた違法行為についての行為者への非難可能性であり、後者は展望的な積極的評価概念、すなわち、将来の可能的違法行為についての行為者及び一般人に対する犯罪抑止可能性である。責任は擬制を伴う規範的概念として法的・歴史的・社会的に一応承認されてきたものであるが、予防はその概念内容において多義的・規範的・政策的であり、現代においてもその科学化された明確な判断基準が示されているわけではなく、その意味で責任以上に価値的で、しかも恣意的な概念であるといわざるを得ない。一般に「責任なければ刑罰なし」と表現される責任主義（原理）の意義が「責任がなければ、予防の必要性があっても処罰せず」であること（予防の責任従属性）は自明のことであり、したがって予防が責任を基礎づけること（責任と予防の一体化）は論理的に許されない。しかし「責任があっても、予防の必要性がなければ処罰せず」という、いわゆる消極的（予防）目的主義に立脚した消極的責任主義（原理）は許されよう。それは刑罰抑制原理としての責任主義（原理）に相反するものではないからである。<sup>(1)</sup>そして消極的（予防）目的主義に立脚した消極的責任主義（原理）の考え方こそが可罰的責任論の原点であるといえよう。したがって、松原教授が提示された私見に対する上述の批判に対しては、

①責任と予防の対立的把握こそが合理的であり、②二段階的構成説こそが責任原理の担保という目的に合致するものである、と回答することになろう（批判点③については後述）。

ところで、責任と予防を対立的に把握し、しかも責任論において二段階的構成説を採らず、むしろ予防を全く責任論（犯罪論）から排除して責任を純化し、予防を量刑論のみ責任に対して制約的に機能させるべきだとする見解がある。<sup>(2)</sup>確かに責任と予防の関連づけをそのように理解することも可能であろう。しかし、現在のところ量刑論において、予防の機能的枠づけが確立されているわけではなく、また将来に渡り、予防が責任に対して制

約的に機能する理論的基礎づけはない。むしろ、責任論（犯罪論）から排除された予防が量刑において責任刑の枠を超越し拡大することになるおそれは常にあるとみるべきであろう。<sup>(3)</sup>やはり予防は責任論（犯罪論）において責任に対して消極的に機能づけられ、さらに量刑においてもその責任刑の枠内で消極的に機能づけられるべきであろう。<sup>(4)</sup>

そこでまず検討すべき問題は、予防を責任論（犯罪論）において責任に対して消極的に機能づける、その理論的枠組みをどのように構築すべきかである。まさにこれが「可罰的責任論」の課題である。かつて筆者はこの課題について大要次のように論じた。すなわち、予防を責任に対して消極的に機能づけるためには、理論体系上、責任阻却事由に予防を位置づけることが必要である。そしてここでは、非難可能性としての責任が完全には阻却されずに存在するが、それが著しく低下している場合に限り、予防の必要性がないことを理由に責任阻却（すなわち可罰的責任阻却）となるという理論構造が考えられる。つまり予防は責任非難の程度判断に従属連関し、軽微な責任非難を不処罰範囲へと取り込む機能のみを担うべきものである。<sup>(5)</sup>以下では、このような考え方を基礎にして、超法規的責任阻却事由としての期待可能性の理論構造を再考することにした。

## （二）超法規的責任阻却事由としての期待可能性

期待可能性とは、行為時の具体的付随事情の下で、行為者が当該違法行為に出ないで適法行為を行うことができたであろうと期待しうる可能性、つまり適法行為の期待可能性をいう。行為時の具体的付随事情から当該行為者に他の適法行為を期待できない場合、すなわち行為時に付随事情が正常でないと認められる場合には、たとえその行為が違法であって、しかもその行為者に責任能力と故意・過失が備わっていても、その行為者を刑法的に



非難することができない。刑法総則には期待可能性の欠如を責任阻却事由として定めた規定はないので期待可能性の欠如は一般的な超法規的責任阻却事由である。また、過剰防衛（刑三六条二項）、過剰避難（刑三七条一項但書）、親族のための犯人藏匿・証拠隠滅（刑一〇五条）などのような、刑の任意的減免を定めた規定は期待可能性の欠如又は減少が根拠となっていると解されている。

周知のとおり、期待可能性論の誕生地ドイツでは、一九世紀末に起こった「癖馬事件」の判決を契機に規範的責任論が確立し期待可能性の欠如を一般的な責任阻却事由とする考え方が通説となったが、やがてナチス思想の影響もあって次第に制限説が有力になり、現在では、過剰防衛や緊急避難などの刑法上認められた責任阻却事由に理論的根拠を与えるものとしてのみ考慮されている。他方、わが国では期待可能性の理論は積極的に評価され、学説においては期待可能性の欠如を一般的な超法規的責任阻却事由と解する点で争いはない。判例においては、当初、戦前の大審院判例において実質上認められ（第五柏島丸事件、大判昭和八年一月二日刑集一二卷二〇七二頁）、また戦後混乱期から昭和三〇年代前半までの経済統制法違反事件や労働争議事件につき多くの下級審判例において期待可能性の理論が援用された。最高裁はこれを積極的に援用しなかったが、理論的には期待可能性の欠如を超法規的責任阻却事由として明確に認めていた（三友炭坑事件、最判昭和三年一月一日刑集一〇卷一二号一六〇五頁）。しかしその後の社会経済状況の安定化・高度成長にともない、判例の動向は、期待可能性の理論自体を認めつつも、それは実体法の規定に則して極めて制限的にし認められないという制限説に転換していくこととなった。そして今日では、期待可能性の欠如を理由にした無罪判決はほとんどみられない。<sup>(6)</sup>

しかし期待可能性論においては、観念的抽象的な人間像ではなく、変動する現実の社会に生きている人間、生身の人間が前提とされており、それゆえ、期待可能性論は、行為時の付随事情の例外性・異常性を根拠に「人間

の弱さ」に対する刑法的斟酌・救済の理論といえよう。<sup>(7)</sup> 言い換えれば、期待可能性論は、現実に刑罰を科す側

(国家)と科される側(行為者)との緊張対向関係を前提とし、国家が違法行為者に対してその「人間の弱さ」をどの程度まで斟酌し、その違法行為者に対する刑罰による非難を思い止まるかという、実質的で機能的な考え方を基礎としている。現実の社会が目まぐるしく変化してゆく中、とくに現今のような経済不況下の社会においては、今後も「最後の安全弁」として期待可能性論は、判例・実務上なお重要な機能を有するものと思われる。

ところで、期待可能性の体系的地位をめぐることは、かつて、期待可能性を責任能力、故意・過失と並ぶ第三の責任要素として位置づけたり、責任要素としての故意・過失自体の構成要素と捉える考え方もあったが、行為時の付随事情の顧慮という期待可能性論が生まれた契機や心理的責任論から規範的責任論へという責任論の歴史的展開に果たした意義・役割を考慮すれば、責任能力、故意・過失を積極的責任要素(原則的要素)とし、期待可能性の欠如を消極的責任要素(例外的要素)、つまり責任阻却事由と位置づけるのが妥当であろう。<sup>(8)</sup> 責任能力と故意・過失があれば行為者に適法行為の可能性、すなわち非難可能性の推定が生じるが、もし期待可能性がなければ、その推定は破られて非難が可能でなくなると解することが思考体系上最も明解で合理的であるからである。

### (三) 期待可能性判断と予防

かつて筆者は、期待可能性判断の理論構造について大要次のように論じた。すなわち、責任阻却事由についても、まず規範的評価によって責任非難の阻却・減少を判断した上で、なお刑罰による予防の必要性の観点から可罰的評価がなされるべきであり、したがって期待可能性判断は、①規範的評価による期待可能性判断と、②可罰的評価による期待可能性判断という二つの判断の段階と内容によって成り立つ。①においては、当該行為事情下

で当該行為者の適法行為への決意可能性が存在していたか否か、また存在していたとしてどの程度であったのが判断される。この判断は、当該行為者個人の主観に反映した行為事情を基礎にして、もしその行為事情がなかった場合の行為者自身の適法行為への決意可能性の程度を比較基準として、その程度差を考慮しながら、法規範の命令・禁止の個別妥当性の限界を客観的に行うべきものであり、この意味において、いわゆる行為者標準説が妥当する。次に②においては、国家が刑罰を科することの必要性（刑罰の規範的予防効果）が判断される。この判断は、行為者の主観に反映した行為事情ではなく、当該行為時に客観的に存在していた行為事情を基礎にして、当該国家の刑事政策の基本指針を基準にして行うべきものであり、この意味において、いわゆる国家標準説が妥当する。<sup>(9)</sup>

松原教授は、前述のように、(ア) 評価目標、(イ) 評価の基礎、(ウ) 評価基準の三つの項目に分けて、(ア) では、規範的責任の評価目標は個人的非難、可罰的責任の評価目標は処罰の必要性であり、(イ) では、規範的責任の評価の基礎は主観的行為事情（行為者の主観に反映した行為事情および行為者の一身に属する行為事情）、可罰的責任の評価の基礎は客観的行為事情（行為時に存在した付随事情）であり、(ウ) では、規範的責任の評価基準は行為者標準、可罰的責任の評価基準は国家標準であるとして各項目を検討された。そして、規範的責任と可罰的責任を各項目で質的に段階づけることは困難であり、また仮に規範的責任と可罰的責任の間でこのような質的な相違を認めるとすれば、もはや両者を「責任」という一つの体系的範疇に包摂することは不可能であると結論づけられた<sup>(10)</sup>（批判点③）。

鈴木茂嗣教授も、松原教授のこの分析に基づいて、私見に対しては、「いかにも形式的である。可罰評価も『刑罰をもって個別行為者の規範的責任を問う』ものであり、刑罰による個人的非難を本質とするといわねばな

らない。そしてそうである以上、それは基本的に個別行為事情を基礎として判断する必要がある。また、規範的評価による期待可能性も、規範の期待との緊張関係の中で適法行為の可能性を論じる必要がある、いわゆる国家標準的視点を欠くわけにはいかない」と評される。<sup>(11)</sup>

確かに、期待可能性判断の二段階構造を強調するあまり、規範的評価と可罰的評価をめぐる概念対置が形式的・並列的になりすぎ、やや不十分な説明であったように思われる。しかし現在でも基本的な考え方は変わっていない。私見を再度ここで簡明に示すことにしよう。すなわち、まず前提として、犯罪を構成する諸要素を規範的評価と可罰的評価に分けて体系的に考察することが妥当であり、責任阻却事由に位置づけられる期待可能性の判断も規範的評価と可罰的評価に段階的に分けられる。そして予防の観点は可罰的評価の段階に関連づけられる。

責任能力、故意・過失等積極的責任要素（原則的要素）の具備によって非難可能性の「推定」が生じる。この「推定」は期待可能性（消極的責任要素・例外的要素）の有無によって確定又は否定される。期待可能性の有無の判断は内部的に二つの段階を経由する。つまり、①個別的な行為の客観的な付随事情の例外性・異常性及びそれが当該行為者個人の適法行為への意思決定にどの程度影響を与えたか（主観的な付随事情の斟酌）が判断される（規範的評価）。これによって、期待可能性なしと判断された場合は推定された非難可能性が否定され責任阻却となる。逆に、期待可能性ありと判断された場合はそのまま非難可能性が確定し責任が肯定される。ただし、期待可能性はあるが低減していたと判断された場合には、さらに、②（①で評価された）個別的な行為の付随事情の例外性・異常性を基礎にして当該行為者個人に対する刑罰による予防の必要性が判断される（可罰的評価）。これによって、予防の必要性（一般予防と特別予防）があると判断された場合には低減した期待可能性がそのまま確定し、したがって減少した非難可能性が確定し責任が肯定される。逆に予防の必要性（一般予防又は特別予

防)がないと判断された場合には低減した期待可能性が否定され、したがって減少した非難可能性も否定され責任阻却(可罰的責任阻却)となる。このように考えたと予防を責任に対して従属的に消極的に機能づけることができる。そして責任と予防を対立的に理解する以上、(松原教授の分析に従うと)評価目標は①と②において異なるのは当然のことである。他方、客観的な付随事情であれ、主観的な付随事情であれ、個別的な行為の付随事情を評価の基礎とする点、及び当該行為者個人を評価の基準とする点は①と②においては異なる<sup>12)</sup>ところはない。そうだとすれば、このような期待可能性判断を全体として一つの責任阻却事由の判断構造(可罰的責任論)と考えることは十分可能であろう。

(1) 責任主義(原理)の内容分類については、拙稿「責任と予防に関する一考察―可罰的責任評価をめぐって―」関西大学法学論集三一巻五号(一九八二年)一一四頁参照。

(2) 曾根威彦「刑法における責任と予防」奥島孝康・田中成明編『法学の根底にあるもの』(一九九七年)三九八頁。

(3) 吉岡一男「刑事法の動き」法律時報七一巻八号(一九九九年)一二二頁参照。

(4) したがって、責任論で消極的に機能する予防と量刑論で消極的に機能する予防の内容の検討が今後の課題となる。これに関しては、座談会「量刑判断の実際」法律時報七六巻四号(二〇〇四年)六七頁以下が示唆に富む。なお、松原教授が指摘されるように、「絶対的応報刑論を放棄し目的刑論を採用した以上は、犯罪概念(ないし犯罪論)はその内部に目的論的な契機を含むことを求められる」(松原芳博「可罰的責任論の現状と展望―一段階的構成と二段階的構成―」九州国際大学法学論集第五巻二・三合併号一三二頁)とすれば、やはり責任論(犯罪論)において予防を何らかの形で考慮すべきこととなろう。

(5) 拙稿「責任と予防に関する一考察―可罰的責任評価をめぐって―」関西大学法学論集三一巻五号(一九八二年)一〇七頁参照。

- (6) 前田雅英『判例刑法研究三責任』二六一頁参照。
- (7) 中義勝『刑法における人間』(一九八四年)二頁以下参照。
- (8) 佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想(増補版)』(一九八五年)三六〇頁、同『四訂刑法講義(総論)』(一九八一年)二二七頁参照。
- (9) 拙稿「期待可能性の構造について」『可罰的責任』の観点からの一考察」犯罪と刑罰第二号(一九八六年)三四頁以下。
- (10) 松原芳博・前掲注(4)・一三〇頁。
- (11) 鈴木茂嗣「刑事法学の動き」法時七二巻九号七四頁。
- (12) 期待可能性の判断標準をめぐっては、通常、(一)行為者個人の通常的能力を標準とし、当該行為事情の下でその行為者に適法行為を期待しうるかどうかを判断するという行為者標準説、(二)当該行為事情の下に平均人(通常人)をおいてみて、これに対して適法行為を期待しうるかどうかを問うとする平均人標準説、(三)当該行為事情の下において国家又は法秩序が何を行為者に期待しているのかを標準とする国家標準説、(四)行為者が現実に適法行為をとり得なかつた行為事情の類型化によって得られる類型的行為事情を判断標準とする行為事情類型化説の四つの学説が対立し、このうち(二)の平均人標準説が通説とされ、これに立脚する判例も少なくないとされている。しかしこれらの学説のうち、(一)説と(二)説はともに期待される側の視点に立つ考え方であり、したがってこれらは相互に対立しうる。これに対して(三)説は期待する側(国家又は法秩序)の視点に立つ考え方であり、前二者とは同一レベルで論じることができない。さらに(四)説は期待可能性の判断素材を問題にしており、これまた前三者と同一レベルで論じることができない。期待可能性の理論が違法行為者自身の「人間性の弱さ」に対して刑法的斟酌・救済を与えようとする理論である以上、国家又は法秩序の期待が全くの「擬制」にならないようにするためには、その判断は平均人ではなく、やはり当該行為者自身に則してなされるべきであらう(行為者標準)。そして裁判上、そ

の判断が適切になされるためには、具体的な客観的行為事情の類型化が判断素材として不可欠である。

## 五 おわりに

以上、不十分ながら、これまでの私見に対する批判を踏まえつつ、可罰的責任論のいわゆる一段階的構成の問題点を指摘した上で、とくに期待可能性の判断構造を責任と予防の関係論（予防を従属的消極的に責任に関連づける理論的枠組み）の視点から私見を再論した。もとより、それは論理的にみて完全なものではなく、さらなる考察を深める必要のあるものであることは承知しているし、あるいは思わぬ誤解に基づく不十分な論証であるかもしれない。また本稿では、予防概念や効果に関する詳細な検討と量刑論における責任と予防の関連づけについては論じることができなかった。これらは今後の課題である。諸先生のご海容とご教示を仰ぐ次第である。最後に、このたび本法学部をご退職される石原明先生には、筆者が大学院生であったときから刑法読書会等の研究会において格別のご指導をいただいた。本稿が長年の学恩に少しでも報うことができれば望外の喜びである。

（二〇〇五年一月一日稿）