

# 刑法における責任主義の意義と限界

平 澤 修

- 一 はじめに
- 二 責任概念の変遷
- 三 積極的責任主義と消極的責任主義
- 四 責任能力と有責性
- 五 責任能力の存在時期と責任主義
- 六 違法性の錯誤と責任主義
- 七 結果的加重犯と責任主義
- 八 再犯加重と責任主義
- 九 終わりに

## 一 はじめに

本稿は、「責任なければ刑罰なし」という標語で示される刑法における責任主義について論ずるものである。これまでに責任主義に関する議論は多くの先達によってなされてきており、筆者が付け加えられるところはないかとも思われるが、刑法が将来に向かってどのように機能して行くのか、あるいは機能して行くべきかを筆者なりに考える手段として、責任主義のもととなる責任がこれまでいかなるものとして捉えられてきたかについて概観し、その有無が具体的に問題となるいくつかの場合について筆者なりの考察を行うこととしたい。

## 二 責任概念の変遷

責任主義を意味する標語として「責任なければ刑罰なし」と言われるのは周知のところであるが、そこで用いられる責任という言葉がいかなる内容を持つものが明らかにされなければ、責任主義の主張も形式の域を出ない。

そもそも責任主義とは結果責任（論）からの脱却を図った近代刑法の基本原理であることは明らかである。人権保障を旨とする人民主権国家における刑法において刑罰が正当化されるのは、自由意思を有する行為者が行った違法行為に対する相応の倫理的非難の限度においてだけである。これこそが近代刑法における応報刑である<sup>(1)</sup>。その相応の非難の契機として行為者の内心すなわち故意又は過失が基礎とされた。行為者が犯罪事実に対する表象・認容ないしは不注意によるその欠如という心理状態にあることが科刑の大前提である。そして、非難が正当化されるためには故意の要素として違法性の意識が要求される。なぜなら、行為者が行為の違法性を意識することがなければ科刑の意味を理解しえず、懲らしめとしての刑罰の役割を果たし得ないからである。これがいわゆる古典学派の拠りどころとなる道義的責任論（心理的責任論）である<sup>(2)</sup>。

しかるに19世紀中・後半における資本主義の発達は著しい格差社会をもたらし、結果として犯罪者とりわけ累犯者の激増した社会をもたらした。そういった事態に直面し、道義的責任論に基づく刑罰制度（応報刑）では、つまり非難の意味を理解する理性的な者のみを処罰の対象とするのでは犯罪の抑止にとって無力であると考えられるようになった。さらには、そのころに発達した精神医学や心理学等の知見が人間が生まれながらにして平等な理性の持主でないことを明らかにし、むしろその意思や行動はそれぞれの素質と環境によって決定されるものだという認識をもたらした。その結果登場したのがいわゆる近代学派の刑法理論である。社会的責任論と呼

ばれ、責任とは社会的危険性のある者が社会から防衛の手段として刑罰を科される法律上の地位と解されることとなった。この説は、人間を素質と環境によって完全に決定されたものとみる19世紀的な自然科学的人間像をその基礎とし、犯罪を素質と環境の産物として把握するものであって、その結果、責任の概念から道義的な非難という意味はなくなり、責任の大小はもっぱら犯人の将来における犯罪反復の危険性の大小にもとづいて決定されることになった<sup>(3)</sup>。

しかし、この社会的責任論は、その基礎にある自然科学的な人間像ないし意思決定論が是認しえないばかりでなく、倫理的な非難を刑罰の前提として作られた近代市民社会刑法の精神とも合致しない。すなわち、道義的責任論に対する無力感からそれに対置する形で生み出された責任論ではあるが、社会の保全に重点を置くものであり、近代市民社会が目指した人権保障（行動の自由の保障）の観点をあまりにも疎かにするものである。また、そこで科される刑罰は目的刑と称されるが、その実態は保安処分であり、この責任論を徹底するならば刑罰制度は放棄されねばならないであろう<sup>(4)</sup>。このような批判を受けて、対極まで揺れた時計の振り子が揺り戻されるがごとくに、現在では以下に述べる規範的責任論が通説の地位を占めることとなった。

規範的責任論によれば、責任とは、違法行為をなしたことに対する社会倫理的な非難と解される。すなわち、この学説によれば、人間は素質や環境によって決定されながらも、その内部においてまたはそれを超えて自発的に向上することのできる主体的な存在として把握され、したがって、法秩序はこのような人間に対し違法行為を避け適法行為に出ることを期待するのであって、このような法秩序の期待に反することが責任である、とされる<sup>(5)</sup>。かくて、規範的責任論は、道義的責任論への対極の責任論として登場した社会的責任論の言う素質と環境を一定程度顧慮しつつ、なお道義的責任論の主張する人間の自由意思に基づく理性的行動の余地を基礎とするものであり、両説の対立を止揚する説とすることができるのである。

つまり、この規範的責任論には、その名のごとく責任を規範的に捉える点で道義的責任論から距離を置き、特別予防を考慮する点で社会的責任論への接近が見られるのである。換言するなら、非難を甘受すべきか否かをその名の通り規範的に捉えようとするものと言える。規範的とは社会的観点から非難されるべきと考えられるときに責任を負わせることを意味する。そこから、故意犯の成立に必要なのは事実の表象のほかに違法性の意識（厳格故意説）ではなく違法性の意識の可能性（制限故意説）で足りると言うことになる。本人が違法性の意識を持ち得なかったとしても一般人がその状況下に置かれたとき違法性の意識を持ち得たと認められるなら、故意責任を負わせることになる<sup>(6)</sup>。規範の前に立たされている以上、「違法性の過失」は故意とされるのである。その一方で、この説は適法行為の期待可能性という要素を責任要素として付加している。すなわち、行為者が故意（事実の表象と違法性の意識の可能性）を有していたとしても、同じ行為状況に置かれた一般人からして当該違法行為を回避して適法行為に出ることを期待することは無理と思われる場合は責任非難をなしえないとするものである。「適法行為の期待可能性」という客観的要素を責任要素として付加することにより、責任の成立する場合を道義的責任論に比して限定するのである<sup>(7)</sup>。「道義的非難」を「規範的非難」と捉え直すことにより、責任の成立を一方で拡張し他方で縮小する理論と言えよう。規範的責任論によれば、「個別的な規範遵守の可能性」が認められてはじめて責任ありとされるのであり、そこでそれまで犯罪成立の第三要件とされていた「責任」を「有責性」と呼称するのである<sup>(8)</sup>。ただし、この「適法行為の期待可能性」が認められない場合が実際にどの程度あり得るかを考慮するとき、それはきわめて限定的であり、結果として規範的責任論は犯罪抑止の期待に応えるべく、目的刑を加味した応報刑を基礎づけるための、つまり責任の成立範囲を拡張する理論であると言うほかないであろう。

### 三 積極的責任主義と消極的責任主義

規範的責任論は、責任を規範的に捉えることで責任主義の意味内容を明確化したのであるが、このように責任概念を道義的責任論に比して拡張することがはたしていかなる意味を持つのであろうか。平野博士は、「責任を道義的責任だとし、形而上学的な主体性ないし原因がないという意味での自由意思を責任の前提とする場合には、その責任主義は、積極的責任主義に傾く。このような責任は刑罰の効果如何にかかわらず当然に追求されるべきものであり、責任を追及すること自体が『善』だとされることになるからである。…これに対し、責任を、それ自体として苦痛である刑罰が有効に働きうるための要件、すなわち社会的非難を受け入れるための要件だとし、自由意思を経験的に捉える考え方（これをかりに社会的規範的責任と呼ぶことにしよう）をとれば、責任主義は、消極的責任主義に傾くことになる。…責任を道義的責任として捉えるとき、これにもとづく責任主義は、積極的責任主義を越えて、『責任なくとも刑罰あり』ということにさえなりかねない。』<sup>(9)</sup>と論じ、規範的責任論の優位性を主張されている。道義的責任とは本来行為者の内心を基準とした厳格かつ限定的な責任を問うものであるが、犯罪成立要件を形式的に充たせば刑事政策的配慮をすることなく必罰主義に走ることになるという意味であらうか。であるとするならば、犯罪成立要件（故意の存否）を一般人の常識に委ねることで弛緩させたとしても、刑罰の目的に配慮する規範的責任論の方が実質的に消極的責任主義になじむことになり、妥当なものと考えられることになる。

ところが、昨今のわが国における顕著な重罰化傾向はこの規範的責任論が考える科刑から離反し、平野博士の言う道義的責任論へ回帰するものではないかとの疑問を抱かざるをえない状況を示している。有期刑の上限を20年（併合罪加重がなされると最大30年）とした結果、量刑も以前と比べて重くなり、仮釈放が与えられるまでの収容期間も相対的に重くなっている

(無期懲役囚の収容期間の平均が30年を優に越えている)ことは、刑罰の応報的意味合いが顕著になっていることを示唆していると言わざるをえない。必罰主義とまでは言わないが、多様な防犯対策がありうる中で、刑罰への依存が色濃くなっていると断ぜざるをえないのではなかろうか<sup>(10)</sup>。

#### 四 責任能力と有責性

責任との関連で責任能力の体系的地位について考察しておこう。責任能力は責任の前提か責任の要素かという論争に關してである。

責任前提説は、「(責任能力を)責任要素とすると、①責任能力も究極において期待可能性の問題に帰着し、それを独自の責任の要件とする意義が失われること、②刑法典も、たとえば、刑事未成年者については個々の行為責任の有無・程度の判断に立ち入るまでもなく責任を否定しており(41条)、このことは責任能力が他の責任要件から独立した要件であることを示すものであることから、責任非難の前提となる一般的人格能力と解す(べきである。)」と論じている<sup>(11)</sup>。確かに、責任能力は行為者の精神性に關わるものであり、その意味で行為状況にかからしめて判断する適法行為の期待可能性からは区別されなければならない。つまり、責任前提説に立つと、責任の前提としての責任能力の要素である是非弁別能力またはその弁別に従って自己の行動を制御する能力のない場合は、責任要素の有無の判断をするまでもなく責任阻却とすることになる。精神的要素の判断に行為事情を踏まえる必要はない。そして、制御能力がある場合にも、なお社会的に見て(行為事情を考慮して)適法行為の期待可能性が認められない場合には責任を阻却させると言うのが「適法行為の期待可能性の理論」と言えよう。責任前提説は、責任能力の有無の問題と期待可能性の有無の問題は分離して考えるべきであるという点では筋が通っている。行為者の精神的能力である責任能力の判断をまず行うことでいわば思考経済を図ろうという意味合いもあると言えるかもしれない。

しかし、法律論は要件論である。すなわち、一定の要件を充たしてはじめて法律効果が発生する。その意味で刑法においても犯罪成立要件を充たすことが法律効果（科刑）を生じさせるのである。それにもかかわらず、責任能力という成立要件に含まれない例外を認めることには違和感を覚える。このような形式的理由のみならず、責任要素説の立場に立つ団藤博士の述べられるごとく「責任能力は、…行為の非難可能性の強弱、したがって刑の量定に影響を及ぼす」ということは否定し得ないところから、つまり限定責任能力が刑の量定に影響を及ぼすことは明らかであり、その判断をどこで行うかと言えば、有責性の要素として判断するほかないであろう<sup>(12)</sup>。責任能力という行為者の精神的能力はそれが全くない場合には行為事情に関わりなく非難を排除するものではあるが、限定的にせよある場合には行為事情との関連で量刑に影響するのであり、その意味で有責性の要素とされるべきである。さらに付言するならば、責任能力の要素のうち、制御能力は究極的には適法行為の期待可能性と重なりとも言えるとしても、そもそも制御能力は行為者の精神的資質の問題であり、これに対し期待可能性の理論は、厳密には制御能力が認められる場合にも行為状況からして適法行為を期待できない、つまり生物学的見地からではなく社会学的見地から制御能力を否定するものと言えよう。とすれば、やはり、責任能力と適法行為の期待可能性は区別されるべき責任要素として存在すると言うべきであろう<sup>(13)</sup>。

なお、刑法41条は、国の政策として14歳未満の者を責任無能力者とみなしているにすぎず、その実質において責任能力の内容を否定しているわけではない。このことは、たとえば13歳の少年を唆して犯罪を行わせた場合に教唆犯の成立を肯定するところからも明らかであろう。責任前提説の第2の論拠は刑法41条を根拠とするものであるが、それはあくまでも少年保護という政策判断から個々の行為責任の有無を論じないのであり、39条がそうではないことは団藤博士の指摘されるとおりである。

また、部分的責任能力は認められるべきかが議論されるが、精神病は全



体として捉えられるべきものであるゆえに、一時期に正常に見えることから責任を問うべきではない。そういった責任の捉え方は、結果責任を念頭に置いた応報刑に回帰するものであり、刑罰に過度の期待を寄せる態度と批判されてもやむを得ないのではなかろうか。

責任能力に関する鑑定にまつわる判例についても一言しておこう。平成18年に発生した俗に言う「渋谷セレブ妻バラバラ殺人事件」に対する東京地裁判決<sup>(14)</sup>がそれである。この判決が下されるわずか3日前に最高裁第2小法廷において「精神鑑定の評価は否定する合理的な事情が認められない限り十分に尊重すべきである。」との判断が示されたばかりであった<sup>(15)</sup>。同地裁は、「鑑定手法に何ら不相当なところはない。鑑定に合理性がある限りこれを尊重する。」としながらも、「責任能力は総合的に法的判断により決められる。その意味で鑑定結果に拘束されない。」と述べて、被告人を懲役15年に処した。地裁が、当事者双方の依頼した鑑定意見が一致して責任無能力としたにもかかわらず責任能力を肯定したのは、被告人が犯行時の状況を正確に記憶していたこと、犯行後に冷静で周到な証拠隠滅を行っていたこと、並びに法廷での理路整然とした受け答えを行ったことが根拠となっているようである。その意味からすると、この判決が一概に不当なものとは言い切れない。精神鑑定意見も責任能力という「事実認定」を行うための証拠方法の一つである（刑事訴訟法317条）ことから、その証明力は裁判官の自由な判断に委ねられる（同318条）ことになるからである。通常、責任能力が問題となる場合、当事者双方から提出される精神鑑定意見が真っ向から対立することが時としてあるようである。その場合に、責任能力ありとする検察側鑑定意見をもとに有罪とされることがあるが、本件は当事者双方から提出された鑑定意見が揃って責任能力なしとするものであったのである。本件は裁判員裁判が開始される直前に裁判官のみによって判断がなされたのであるが、裁判員が参加していたとするなら、彼らは一致した鑑定意見にしたがって無罪の心証を抱いたのではなかろうか。6名の裁判員は無罪、3名の裁判官は有罪となれば結論は得られ



ない。裁判長は裁判員を納得させるべく説得に努めることになるのであろうか。ともあれ、本件控訴審判決<sup>(16)</sup>では、新たに精神鑑定を行わせた結果「一審鑑定は誤り」との見解を得た上で、控訴を棄却したのである。しかるに、このような裁判の手法は、いかに合法であるとしても些か強引の感は否めない。とりわけ、行動制御能力なしとした1審鑑定意見を採用せず責任能力を肯定したことは、責任能力の概念自体を否定することにもなりかねないと思われる。本来刑罰以外の手段でその危険性防止を図らねばならないはずが、刑罰に頼り安易に刑務所収容を行うことで当面の危険性を除去しようとする結果になっているに過ぎないのではないかと危惧するものである。責任主義刑法と言いながらそれを潜脱する刑事司法が行われることがあってはならない<sup>(17)</sup>。

## 五 責任能力の存在時期と責任主義

責任刑法においては実行行為時に責任が認められなければならないのが大前提である。そこで問題となるのが「原因において自由な行為」を可罰的とするための理論構成である。ただし、ここでその論争に深く関わるつもりはない。ただ言えることは、批判はあるが判例が認める「原因において自由な行為」を基礎づけうる理論は、筆者の呼び方言えば「意思連続説」をおいてない。同時存在に固執する余り、原因設定行為の開始時に実行の着手を認める無理をし、またそこに犯罪として定型性が認められないことを自覚することから可罰性が認められる場合がきわめて限定的となるのでは、当罰性を前提に可罰性を構築する理論としてきわめて中途半端なものと言わざるを得ない<sup>(18)</sup>。原因設定行為時に抱いた故意が責任無能力ないし限定責任能力下での実行行為時まで連続していると認められる場合は「同時存在の原則」から外れるものではないと思われる<sup>(19)</sup>。とりわけ、挙動犯の場合にその実益は大きい。酩酊運転の場合を具体的に考えてみればわかりやすい。車を運転して郊外のスナックに飲みに行くのは日常的な

景と言えよう。この場合、はじめから酔って運転して帰ることを念頭に置いており、その通り運転を行った場合、運転時（エンジン始動時）に心神耗弱状態であるか心神喪失状態にあるかにかかわらず完全な責任能力を認めることに違和感は全くないであろう。しかも、意思が連続しているかどうかはあくまでも客観的判断によるのであり行為者本人が自覚して保持し続けているかどうかは問題としないのである。つまり、ここでも元來行為者の内心に関わることが外見上そう見えるということで判断されているのであり、その意味でまさしく規範的責任を問う理論と言えよう。

## 六 違法性の錯誤と責任主義

構成要件に該当する事実を正しく表象はしたが、その評価を誤った場合、つまり許されないことを許されと思った場合が違法性の錯誤である。これに対し、厳格故意説によれば、許されると行為者本人が思えば違法性の意識がないわけだから直ちに故意が阻却されるが、制限故意説によれば、許されと思ったことに相当の理由がある場合（一般人なら誰もが許されると思う場合）にのみ違法性の意識の可能性がないとして故意が阻却されることになる。すなわち、制限故意説は一般人の常識からして「違法性の過失」は許さないとする。いわゆる規範的判断がなされ、規範の前に立たされている以上、気がつかなかったでは許されない。厳格故意説は道義的責任論を基礎とし、これに対し制限故意説は規範的責任論を基礎とするものであることは明白である。

ところで、刑法は錯誤を大別して事実の錯誤と違法性の錯誤に二つに分類するため、「正当化事情の錯誤」<sup>(20)</sup>をいずれと解すべきかが問われることになる。従来、制限故意説の考え方で行くならば、故意は責任段階で捉えられることになり、故意の内容たる違法性の意識の可能性がないかぎり故意を阻却すると考えることになる。つまり、事実の錯誤とされる。これに対し、事実の表象と違法性の意識の可能性を分離し、前者を構成要件的

故意（構成要件該当事実の表象）とし、後者を責任段階における独立の要素とする責任説が登場することで議論が複雑化した<sup>(21)</sup>。責任説の指摘に呼応して、制限故意説も構成要件の故意を認めることから、現在では、正当化事情の錯誤の場合には構成要件の故意は存するが責任故意は阻却されるとの説明が一般的と言えよう。そこで、わが国において現在有力とされる考え方は、制限故意説の立場に立ちながら構成要件の故意も認める、つまり故意を構成要件段階と責任段階の両方で認めることから、この錯誤を「違法性に関する事実の錯誤」として責任故意を阻却する「第三の錯誤」と解する。故意を、構成要件の類型化に寄与する構成要件の故意と行為者の反規範的人格態度を表明する役割を果たす責任故意とに峻別し、この錯誤は責任故意を阻却すると論ずるのである<sup>(22)</sup>。責任説はこの場合に、構成要件に該当する客観的事実の表象は否めないことから、違法性の錯誤として、もっぱら責任段階で違法性の意識の可能性が認められるか否かで問題を解決しようとするのが当初の考え方であった。しかし、正当化事情が存在すると誤認していたにもかかわらず客観的には違法とされるしかない事実の前に立たされていた以上事実の認識はあったとして違法性の錯誤とすることに疑問が呈されることになる。そして、正当化事情が存在しないことが構成要件の「消極的要素」であると考えられ、つまり正当化事情の不存在の認識が新たな構成要件要素とされ、正当化事情が存在すると誤認してしまった以上は構成要件の故意がなく事実の錯誤となるという論理が組み立てられた<sup>(23)</sup>。しかし、この考え方は、構成要件と違法性を完全に一体化したものと捉える「不法構成要件」を認めるものであり、構成要件の本来的な人権保障機能を失わせることになるとも考えられ、ほとんど賛同者を得られないものであった<sup>(24)</sup>。それどころか、行為者が正当化事情があると誤認すればすべて構成要件の故意なしとして許されることになってしまう不都合が指摘されねばならない。

それでは正当化事情の錯誤はいかに捉えられるべきであろうか。以下のように考えることは許されないであろうか。すなわち、違法阻却が問題と

なりそうな事態の認識があるということは、原則として通常違法とされる事実の認識がなかったということで事実の錯誤とされるべきである。つまり、誤想防衛にあたる事実が猥褻図書販売における猥褻図書に比せられるべき規範的構成要件要素であることから、そのような事実に対する認識は単なる「裸の事実の認識」では足りず、「意味の認識」が必要であるということである。ここで言う意味の認識とは、正当防衛が必要と思われる事態を認識したということであるが、一般人の目からして行為者が置かれた状況下において同様の認識を持つと考えられる場合には、客観的には違法とされる事実の認識がなかったということで事実の錯誤とされることになるとしてもよいのではなかろうか。つまり、この場面での意味の認識とは、それがあつて事実の認識がなかったとされる働きを持つものであり、いわば「裏返しの意味の認識」である。いずれにせよこのように考えることにより、正当化事情を消極的構成要件要素とし、それを認識したことが構成要件的事実の認識を欠くという技巧的な説明をした結果、構成要件を違法性と一体化してしまう不都合を回避できるのではないかと思われるのである。とはいえ、規範的な事実の認識があつたかどうかという問題と、違法性の意識の可能性があつたかどうかという問題はきわめて近似しており、判断に困難が生じる可能性も考えられなくもないが、認識の問題と意識の問題はやはり区別されうものと考えられるのである。

結局のところ、違法性の錯誤の問題も、規範的責任論を前提に「規範の前に立たされている」と言えるかどうかで責任追求の是非を決定する議論がなされていると考えられるのである。

## 七 結果的加重犯と責任主義

責任主義との関わりが最も問題視されるのが、結果的加重犯である。結果的加重犯は「結果責任の遺物」<sup>(25)</sup>とされるが、それでは現在なお存在することは許されるものではないはずである。責任主義刑法に見合った根拠

が示されねばならない。

根拠を示す学説として、まず複合形態説がある。「結果的加重犯については、加重事由としての結果については故意は必要でないが、責任主義の原理から考えて少くとも過失を要するものと解しなければならない。…(すなわち、)結果的加重犯は、故意犯と過失犯との複合形態だといえよう。」とするのが、それである<sup>(26)</sup>。しかし、複合形態(故意犯+過失犯)が根拠とされるなら、それに対する刑も、その総計以上に出ることは許されないと批判されることになる<sup>(27)</sup>。そこで登場するのが、いわゆる「危険性説」である。この説は、複合形態説のいう複合形態を前提としつつ、「基本犯たる故意犯にはもともと重い結果の発生に対する典型的な危険が含まれているのであるから、そのような故意行為を行い、それによって危険が結果へと現実化した場合には、とくに重く処罰して一般予防を図ろうとする」<sup>(28)</sup>ところにその根拠があるとする。

この危険性説を筆者なりに敷衍すると次のように言うことができると思われる。結果的加重犯の典型である傷害致死罪をもとに述べるなら、まず基本犯たる傷害行為には死にいたる危険性が含まれていたが、行為者はその危険行為がもたらす死を予見していなかったかあるいは予見しても認容しなかったのである。それ故に故意は傷害の限度にとどまった。しかしその基本行為から因果関係の認められる範囲で、かつ行為者の過失(認識ある過失を含む。)にもとづき被害者の死が発生したのである。単なる複合形態と相違するところは、基本犯の認識の点である。つまり死に到る重大な危険性を有する行為であるにもかかわらず漫然と実行に及んだところに通常の傷害行為の場合と違った重大な危険性が認められるということである。基本行為を実行する過程で行為者の有していた表象内容と基本行為そのものが有する重大な危険性が重罰の根拠ということになる。つまり、行為者は基本犯の故意しか有していないことから客観的には殺人にあたる結果を實現していながら殺人罪の構成要件該当性が認められないのである。もし行為者が死の結果を認容していたなら、全体として傷害致死罪ではな

くて殺人罪が成立していたところである。そうであるとする、行為者は殺人に当たる行為を傷害にあたるという認識を抱いて行ったのであり、事実の錯誤として傷害罪で処断されるべき場合であったというべきである。

このように考えるとき、複合形態説の修正としての危険性説をさらに修正しなければならない。すなわち、結果的加重犯がそもそも故意犯と過失犯という二つの犯罪行為を行ったものと言えようか。つまり、理論上二個の行為を行ったとはこの場合には言えないと思われるのである。基本行為がもたらす加重結果は独立に一個の行為と言えるものではなく基本犯実行行為から因果的に連なる結果に過ぎない。もしそれを新たな過失犯実行行為として捉えようとするなら、それは結果を防止しない不作為とされねばならないであろう。しかし、そのように技巧的に捉えるべきではなく、理論上一つの実行行為がなされたにすぎないが、それに対応する故意がなかったとされるべきである。観念的競合にいう「一個の行為が二個以上の罪名に触れる場合」(刑法54条1項前段)とは、一個の行為で二個以上の客体に一定の結果(ないし結果発生危険性)を発生させた場合を言うのであって、結果的加重犯の場合のようにそもそも客体が一つしかない場合に、それに対して故意犯と過失犯が成立するとして観念的競合を適用するというのは、誤った考えと言うべきである。そして、客観的には重大な結果を生じさせているにもかかわらず、38条2項の適用によって軽い傷害罪の限度でしか罪責を問えないのでは不合理であることから、立法方法として結果的加重犯という特殊な犯行形態作り出すことにならざるを得なかったのではないかと考えられるのである。繰り返して述べるならば、結果的加重犯と通常の既遂犯(傷害致死罪と殺人罪)とは客観面において違いがないということになろう。両者とも客観的には共通する構成要件内における実行行為があってそれから結果が発生しているからである。結果的加重犯は、客観面に対応した故意がないことから、殺人罪としての構成要件の充足が認められない特殊な犯行形態であるが、客観的にみれば結果を実行行為に帰属させることに問題はない。因果関係の有無は、あくまでも実行行為の危



危険性が結果に実現されたかを問うものであって、行為者の認識を問うものではないことは明らかであるからである。要は、行為者の認識を超える重大な危険を有する行為を、そのような行為であるとの認識およびその行為がもたらす結果に対する予見を欠いたいわば「不十分な故意」をもって行ったときにどの程度の責任を負うべきかが問われているのである<sup>(29)</sup>。

基本行為と加重結果とを結ぶ因果関係についても言及しておこう。判例は、これまで一貫して加重結果に対する過失又は予見可能性は不要としてきた<sup>(30)</sup>。通説が責任主義を貫徹するためには少なくとも過失が必要とするのに対し、判例は過失どころか相当因果関係すらも不要とする態度のように見える。しかし、因果関係については客観的帰属論を採用していると見られることから、成立範囲を不当に広げるものではない、ともされる<sup>(31)</sup>。つまり、判例も基本犯の有する特別な危険性の認識とその危険性が加重結果に実現されることが結果的加重犯の成立要件としていることから、責任主義の要請は実質的に充たされているとされるのである<sup>(32)</sup>。しかし、私見によれば結果的加重犯はこれまで述べてきたように、故意犯と過失犯という異なった二つの構成要件が合体したものではなく、客観的には一つの構成要件にすぎない。(加重)結果の帰属の問題は、通常の因果関係論で処理されるべきである。そして、そのような帰属結果に対して「不十分な故意」をもって臨んだ行為者にどのような非難が向けられるべきかが問われている。客観面の違法は殺人罪の違法性と同等であるのに、主観面の違法は傷害罪の違法(故意)しかないときに、どのような非難が加えられるべきか。言うまでもなく、傷害罪に向けられる非難の程度を超えるが殺人罪に向けられる非難を下回るものでなければならないことになろう。そして、因果関係の存否をいかなる基準で判断するかについては、これまでの因果関係にまつわる議論に基本的に委ねられるべきである。一言付け加えるならば、現在有力とされる客観的帰属論は、結局のところ客観的帰責論と言ってよいのであり、帰属させるべきか否かを余りに価値的に捉える態度は、規範的責任概念を逸脱する危険を内包するのではないか



と思われるのである<sup>(33)</sup>。

## 八 再犯加重と責任主義

刑罰の目的は行為者の危険性の除去にあるとするのがいわゆる新派の考え方であるが、現在の刑罰制度は純粋な応報刑ではなく、この目的刑の考え方を様々な場面で導入している。わが国の刑法典において、刑罰を加重することでこの目的を達成しようとしている仕組みの典型が再犯（累犯）加重制度である（刑法56、57、59条）と考えられる<sup>(34)</sup>。これに対し、西原博士は「累犯は、刑の執行という、もっとも強力な規範意識の覚醒手段を用いたにもかかわらずこれを無効とするところに規範的にみて非難の大なるものがあり、したがって刑が加重されると解せられているが、他方からみれば、累犯者は刑の執行の意義を無効とするほどに規範意識が鈍磨しているのだから、行為者に対する非難は通常人よりも軽減されるのが筋だとも考えられる。…しかし、異常性格に対する科学的分析がまだ不十分な現状では、これを責任能力者とし、通常人と同様に取り扱うほかない。…累犯の場合、規範に対する侵害が二度目以上で、しかも確定裁判を受けたばかりでなく、その執行も受けた上でのことであるという点からして、違法性の程度が重く、行為者個人に対する非難性の軽減を帳消しにするにいたらず、結局責任の量としては初犯者よりも重くなるのだと解すべきであろう。」と説明され、累犯者が規範的非難の対象たり得るとされる<sup>(35)</sup>。しかし、この説明は、結論としては現状を肯定する考え、つまり規範的非難には本来なじまない者を現行刑罰制度内で対処するほかないというやや苦しい紛れの説明と言うほかないのではなからうか。一定の責任無能力者等については刑罰とは別の手段を用いることが制度化されているが<sup>(36)</sup>、それに類する者に対する仕組みがない以上は刑罰制度のもとに置くしかないというのでは、責任主義とは大きな隔たりがあると言わざるをえない。行刑の実際を見ると、このような特殊な受刑者に対応して矯正教育を行うこと

はほとんど期待できないものと思われる。

## 九 終わりに

「刑罰の本質は応報にあるが、その目的は教育にある。」とするのが、今日一般的である。しかし、時として、教育目的すなわち特別予防のための矯正教育ではなくて、将来の危険をできるだけ排除するための手段になってしまっている感は否めない。犯罪防止ないし抑止の手段として刑罰がどの程度の役割を担っているかは一概には判断できないとしても、少なくとも刑罰のみではそれを達成できないことは間違いない。もちろん、受刑者に対する矯正教育が近年様々に工夫され実施されている現状があることは承知しているが、受刑期間中の教育にはやはり限界があると言わざるをえない<sup>(37)</sup>。とはいえ、現実に行われた犯罪に対し刑罰制度が正しく機能することの社会的意味はきわめて大きい。その大前提が「規範的責任＝規範的非難」である。それが具体的にどのように理解され実現されているかを自分なりに改めて考えてみようとは本稿を草した次第である。結論としては、規範的責任を問うことが現状においては中庸を得たものとして受け入れられるべきであると思われるが、この概念は違法行為に対する非難という側面よりもその抑止という側面を重視していることを看過してはならないであろう。換言すれば、規範的責任概念は責任を客観化することで結果責任に回帰する危険性を孕んでいる。科刑の基本はやはり道義的責任（違法と知りつつ行為を行ったことに対する非難）にあり、それを問えない者には他の手段が講じられるべきであると思われるが<sup>(38)</sup>、理想の代替手段を求めることは現実的に困難であるがゆえに、矛盾があることはわかりつつ、現行の刑罰制度を維持していくほかはないということなのではなかろうか。犯罪の発生しにくい安定した社会の構築がより進むことで刑罰制度を多用しなくて済むことを願うばかりである。

## 注

- (1) 団藤重光・刑法綱要総論第3版（創文社・1990年）468頁以下。
- (2) 団藤・前掲書258頁。
- (3) 西原春夫・刑法総論（成文堂・1977年）48頁以下、参照。
- (4) スウェーデンの法制度は、この傾向を顕著にしている。詳しくは、たとえば、宮澤浩一「外国の保安処分（一）」刑事政策講座第3巻（成文堂・1972年）23頁以下等。なお、歴史的に鑑みるに、究極の保安処分は重罰の果てにある無害化（incapacitation）となりうることも忘れてはならない。
- (5) 西原春夫・前掲書389頁。
- (6) 西原春夫・前掲書416頁以下。
- (7) 川端博「期待可能性」現代刑法講座（成文堂・1989年）237頁等。
- (8) 西原春夫・前掲書387頁。
- (9) 平野龍一・刑法改正の研究Ⅰ（東京大学出版会・1972年）8頁以下。
- (10) 拙稿「近時の刑法改正と重罰化について」中央学院大学法学論叢第27巻第1・2号（2014年）27頁以下参照。
- (11) 大谷實・刑法総論〔第5版〕（成文堂・2018年）178頁。
- (12) 団藤重光・前掲書276頁。
- (13) ここでは期待可能性との重なり合いを問題としたが、違法性の意識の可能性との重なり合いも問題とされる。しかし、それもやはり、行為者の生物学的能力の問題と社会的心理的な認識の有無との違いから責任要素として区別することが可能と言えよう。
- (14) 東京地判平成20年4月28日（平成19年（合）第55号）。
- (15) 最判平成20年4月25日刑集62巻5号801頁、判例時報2013号156頁。ちなみに、判決要旨は以下のごとくである。

## 【判決要旨】

- 1 責任能力判断の前提となる生物学的要素である精神障害の有無及び程度並びにこれが心理学的要素に与えた影響の有無及び程度について、専門家たる精神医学者の意見が鑑定等として証拠となっている場合には、鑑定人の公正さや能力に疑いが生じたり、鑑定の前提条件に問題があったりするなど、これを採用し得ない合理的な事情が認められるのでない限り、裁判所は、その意見を十分に尊重して認定すべきである。
- 2 統合失調症の幻覚妄想の強い影響下で行われた本件傷害致死の行為（判文参照）について、それが犯罪であることを認識し、後に自首しているなど、一般には正常な判断能力を備えていたことをうかがわせる事情があるからといって、その行為当時、被告人が心神喪失ではなく心神耗

弱にとどまっていたと認めることは困難である。

- (16) 東京高判平成22年10月26日（東京高裁平20（う）第1339号）、判例タイムズ1357号234頁。本判決の特徴は、「1審判決が1審鑑定のうち、被告人が行動制御能力を喪失していたとする生物学的要素に関する意見を採用しなかったことを是認した」点と、「被告人が犯行当時短期精神障害に罹患していたとする1審鑑定を排斥し、被告人に精神障害は認められないとする2審鑑定の信用性を肯定して完全責任能力を認めた」点にあるとされる。判例タイムズ評釈、参照。
- (17) 責任能力は、このように個別の犯罪事実に関わる中で判断されなければならないのであるから、やはり、事実認定の対象として犯罪成立の要素とされるべきものと思われる。
- (18) 規範的責任が問われる場面でその当罰性を裏付ける有効な理論が提供されなければ、法理論としての意味を持たないであろう。
- (19) 西原・前掲書409頁以下、参照。つまり、原因設定行為時の故意が実行行為を支配し、実行の着手時期は実行行為の開始時に認められるということである。
- (20) 曾根威彦・刑法総論〔新版〕（弘文堂・1993年）201頁参照。「違法阻却事由の前提となる事実の錯誤」とも称されるが、この呼び名の方がわかりやすい。なお、誤想防衛がその典型例である。
- (21) ドイツにおいてWelzelが主張し、わが国において福田平博士が最初にこの説を採用されたことはつとに知られている。福田平・目的的行為論と犯罪理論（有斐閣・1964年）参照。
- (22) 大塚仁・刑法概説〔総論・改訂版〕（有斐閣・1986年）179頁並びに405頁以下、参照。
- (23) 「消極的構成要件要素の理論」と呼ばれる。山中敬一・刑法総論〔第2版〕（成文堂・2008年）154頁。なお、誤想防衛を違法性の錯誤とする説が厳格責任説と呼ばれるのに対し、制限責任説と呼ばれる。
- (24) 団藤重光・前掲書126頁等参照。
- (25) 香川達夫・結果的加重犯の本質（慶應通信・1978年）72頁。
- (26) 団藤重光・前掲書337頁。
- (27) ただし、故意犯と過失犯の観念的競合となり、結局基本犯の法定刑の限度でしか罰せられない、という理由付けには疑問がある。大谷實・前掲書115頁では、「基本となる犯罪から生じた結果を重視して、基本となる犯罪に対する刑よりも重い法定刑を規定した犯罪であり、たとえば、傷害致死罪（205条）がその代表的な犯罪である。傷害致死罪においては、傷害の

意思で暴行を加えたがところ被害者が死亡した場合に結果的加重犯を認めないと、傷害罪（204条）と過失致死罪（210条）との観念的競合となり、その刑は15年以下の懲役または50万円以下の罰金となり、傷害罪の法定刑と同じになってしまい不合理である。そこで、これを特に重く処罰する趣旨から、結果的加重犯として3年以上の有期徒刑（205条）に処することとした。」と述べられている。しかし、私見では、この説明は結果的加重犯が観念的競合として捉えられるべき犯行形態であるとの理解からなされている説明であり、そもそも犯行形態そのものが有する違法性の大きさが示されねば加重処罰の根拠とはなりえない。

- (28) 山中敬一・刑法総論〔第2版〕（成文堂・2008年）172頁。
- (29) 実際問題として、傷害致死罪は殺人罪を補完する役割を担っていると考えられる。すなわち、明確に殺意が認定し得ない場合（心臓をひと突きして殺害した場合にはいくら行為者が殺意を否認したとしても殺意を認定されることになろうが、腹を刺して死なせただけでは殺意を認定し難い）、実務では、傷害致死罪で起訴されることになろう。しかるに、傷害致死罪の法定刑は3年以上20年以下とされ、殺人罪の有期徒刑法定刑と重なり合うものであり、傷害致死を認定しつつ量刑において殺人とほとんど変わることのない刑を宣告することが可能となるのである。まさに実務の要請する犯行形態と言える面があることにも留意しないわけには行かない。
- (30) 最判昭和32年2月26日刑集11巻2号906頁等。
- (31) 高橋則夫・刑法総論〔第3版〕（成文堂・2016年）246頁。最決平成22年10月26日刑集64巻7号1019頁（日航ニアミス事件）、最決平成24年2月8日刑集66巻4号200頁（三菱自工タイヤ脱輪事件）等参照。
- (32) 高橋則夫・前掲書247頁。
- (33) 最決平成16年2月17日刑集58巻2号169頁に対する筆者による判例評釈・中央学院大学社会システム研究所紀要第5巻第2号別冊245頁、参照。
- (34) ちなみに、再犯と区別すべきものに常習犯がある。「常習犯とは、同一性質の犯罪を反復継続することであり、刑法186条（常習賭博罪）や盗犯等の防止および処分に関する法律第2条ないし4条（常習特殊強盗）のようにそれ自体が構成要件として規定されている場合もあるが、常習犯の概念にとってそれは必ずしも必要ではない。また、常習犯は、犯人の特殊な性癖にもとづき反覆累行される場合が多いが、これも必ずしも概念上の前提とされない。ただ、累犯は必ずしも同種の犯罪の反覆遂行である必要はないが、常習犯はこれを必要とし、また、累犯は確定裁判を経た数罪であることを要するが、常習犯はこれを必ずしも前提としない点において、両

者は概念上区別される。ただし、現実には、累犯の多くが常習犯であり、これをとくに常習累犯と名づける。」という説明がわかりやすい。西原春夫・前掲書447頁。

(35) 西原春夫・前掲書397頁。

(36) 心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に対する法律。しかしこれとて責任無能力者等の犯罪行為の全体をカバーするものとは言えず、またその実効性も未だ不十分と言わざるをえない現状がある。

(37) 平成28年版・犯罪白書～再犯の現状と対策の今～、平成29年版・犯罪白書～更正を支援する地域のネットワーク～、参照。

(38) ただし、積極的責任主義に陥ることのないよう配慮しなければならないことは言うまでもない。刑罰権の行使は、人権侵害の危険性を常に伴うことから、謙抑的であるべきであり、かつ「最後の手段」であるべきである。

