

## 研究会報告

### シンポジウム 刑法における責任と予防

松原芳博・松澤 伸・杉本一敏・野村健太郎

本資料は、2019年9月21日に開催された「『刑法における責任と予防』日中刑法学シンポジウム」（中国政法大学刑事司法学院主催、於：中国北京市・京儀ホテル第7会議室）における、日本側報告者4名（松原芳博、松澤伸、杉本一敏、野村健太郎）の基調報告論稿である。

当日は、日本側報告者4名による基調報告のほか、中国側報告者2名（張明楷・清華大学教授、王平・中国政法大学教授）による基調報告、中国側指定討論者9名（馮軍・中国人民大学教授、曲新久・中国政法大学教授、王鋼・清華大学副教授、周光權・清華大学教授、阮齊林・中国政法大学教授、付立慶・中国人民大学教授、張開駿・上海大学副教授、李冠煜・華中科技大学副教授、方鵬・中国政法大学副教授）によるコメントの報告がなされた。

中国側からは、報告者、指定討論者のほか、刑事法関係の多数の先生方にご参加いただき、多くの方々にご聴講いただいた。また特に、中国の若手の刑事法研究者の方々には、論説原稿の事前の翻訳や当日の通訳・進行など、多大なご協力を頂いた。ここで全員のお名前を挙げることはできないが、企画段階からご尽力いただき、当日の司会も務めていただいた曾文科氏（中国政法大学講師）をはじめ、シンポジウム開催にあたってお世話になった方々に、この場を借りて御礼を申し上げる。

## 責任と予防をめぐる日本の議論

松原芳博

## 1 戦前の状況

戦前・戦中（1945年まで）の日本の刑法学は、旧派（古典学派）と新派（近代学派）の対立を軸としていた。旧派は、意思自由論を前提に、犯罪に対して道義的非難を加えるのが刑罰であるとする応報刑論を説いた（小野清一郎、滝川幸辰など）。これに対して、新派は、意思決定論を前提に、行為者の危険な性格を改善するために加えられる措置が刑罰であるとする特別予防論（改善刑論・教育刑論）を説いた（牧野英一、宮本英脩など）。特別予防を主張する新派は、非難可能性という意味での責任を要求することなく、もっぱら特別予防の必要性によって刑罰を基礎づけるのに対して、旧派は、もっぱら非難可能性という意味での責任によって刑罰を正当化するのである。

ここでは、非難可能性という意味での責任と教育・改善という意味での予防とが両立不可能な形で対立していたといえる。これは、意思自由論 VS 意思決定論からの演繹という議論方法からみれば必然であった。この二律背反性ゆえに「学派の対立」と称されたのである。

ここで、この時代の議論で留意すべき点をいくつか指摘しておきたい。第1に、新派は、刑罰を教育・改善措置であって、必ずしも害悪とは理解していなかったということである。それゆえ、新派の刑罰論が通常の意味での「刑罰」の正当化根拠論であるかには疑問の余地がある。第2に、この時代の刑罰正当化根拠論においては、一般予防はほとんど登場していなかったということである。おそらく、一般予防は応報刑の反射的效果と考えられていたのであろう。この点にも、刑罰が害悪かそうでないかが主要な関心事であったことが窺える。

## 2 戦後の状況

戦後になると、新派は処罰の拡大による人権侵害のおそれがあるということから衰退し、旧派の応報刑論が支配的となった。非難可能性という意味での責任に、処罰を限定する機能が期待されたのである。

その後、精神障害犯罪者に対する治療処分やアルコール・薬物中毒者に対する禁絶処分といった保安処分を導入しようとする立法提案がなされた。これは、刑罰と保安処分の二元論の構想であり、やはり責任と予防とが対立することを前提

とするものであった。もっとも、人権侵害のおそれが強いということから、この提案は立法化されるに至らなかった。<sup>(1)</sup>

これに対して、刑法を社会統制の手段とみる見地から責任と予防の統合を図ったのが、平野龍一である。平野は、人間の意思は因果的に決定されているが、自己の規範心理の層において決定されているときは、その状態を自由と呼んでよいのであって、非難可能であるとする（ソフトな決定論）。<sup>(2)</sup> そのうえで、平野は、犯罪行為が人格に相当であればあるほど責任は重くなるとする（人格相当性の理論）。<sup>(3)</sup> この意味での責任は、予防を見据えた展望的なものである。犯罪行為が行う者の人格に根ざすものであるほど、特別予防の必要性は高まるからである。また、平野は、意思決定論を前提とした抑止刑論を主張した。刑罰による非難は、人々の規範心理に対して因果的に作用することによって、人々が犯罪に出ることを防止するというのである。こうして、平野は、意思の因果的決定性と自由、非難、処罰との両立可能性を説いたが、それは同時に責任の程度と予防の必要性との一致を説くものでもあった。

### 3 近時の状況

その後、ドイツの積極的一般予防論の影響を受けて、責任と予防をめぐる議論の中心は、特別予防から一般予防へと移行することになった。

堀内捷三は、刑法の世俗化という見地から、責任非難を要件としない積極的一般予防論を構想したが、多くの論者は、積極的一般予防論を、予防の要請と責任の考慮とを一致させる試みとして受容していった。<sup>(4)</sup>

積極的一般予防論とは、害悪による威嚇ではなく、規範に対する信頼の維持・強化による予防を説く立場をさす。この立場からは、次のような説明により、責任と予防の一致が図られる。責任無能力者などの責任を欠く者は、もともと規範を遵守しえない。したがって、責任を欠く者の行為を処罰しなくとも規範の信頼は動揺しない。それゆえ、責任の有無は予防の必要性を基礎づける、とするのである。

なお、ヤコブスの理論に影響を受けた松宮孝明の積極的一般予防論は、<sup>(5)</sup> 刑罰の

(1) ただし、2003年に制定され2005年に施行された心神喪失者等医療観察法において、重大な犯罪に当たる行為をした心神喪失者等について、強制的に入院・通院させることができるようになった。

(2) 平野龍一『刑法の基礎』（東京大学出版会、1966年）19頁以下。

(3) 平野・前掲注（2）40頁以下。

(4) 堀内捷三「責任論の課題」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 総論Ⅰ』（日本評論社、1988年）191頁以下。

(5) 松宮孝明「今日の日本刑法学とその課題」立命館法学304号（2005年）301頁以下。

意味を規範の「確証」に見出す。この確証は、観念的なものであって、経験的な効果を要しないとされる。この意味での積極的一般予防論は、応報刑と紙一重である。その延長線上で、応報刑のルネサンスという標語のもとに、<sup>(6)</sup>刑罰の目的を「法の回復」に求める新応報刑論も登場している(飯島暢、岡上雅美など)。<sup>(7)</sup>

このほか、近時の注目される立場として、小林憲太郎の見解がある。小林によれば、刑罰には、第1に、制裁としての側面がある。制裁とは、事前に不利益を予告することで一定の行為を抑止し、事後に現実に不利益を課すことで予告の真摯性を担保するシステムである。この制裁は、犯罪事実の認識可能性(予見可能性)、違法性の意識の可能性、弁識能力・制御能力を前提とする。<sup>(8)</sup>刑罰には、第2に、処分としての側面がある。処分とは、行為者の犯罪的傾向を除去する措置である。故意は行為者の犯罪的傾向を基礎づけるものとして、処分の必要性を基礎づける。<sup>(9)</sup>

#### 4 私見

私は、かつて、非難可能性という意味での責任と予防とを表裏一体のものと捉える方向を唱えていた。<sup>(10)</sup>その内容は次のとおりである。

刑罰は、非難を表明・伝達することによって犯罪の予防を図るものである。非難の対象は過去の犯罪であるが、非難の目的は将来の犯罪の予防である。この限りで予防の必要性和責任の存否・程度とは一致する。

現在も、犯罪論上の責任の内容に関する限り、この主張は正しいと考えている。しかし、この主張は、刑罰の正当化根拠の次元では不十分であると思うに至った。予防の方法が、非難の表明・伝達に限定される理由はなぜか。万人が真犯人であると信じており、彼に対する非難の表明によって一般予防が果たされるとしても、無実の者を処罰することが許されないのはなぜか。このような問いが残されているのである。

このような問いに鑑みると、刑罰の正当化根拠の次元では、以下のように、責任の観点と予防の観点とを対立的に捉えるべきと考えるようになった。<sup>(11)</sup>

国家は、国民の利益の維持・増進を任務とする。それゆえ、国家の側から見た

(6) 飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』(成文堂、2016年)87頁以下。

(7) 岡上雅美「刑罰正当化論から見た責任概念および意思の自由」刑法雑誌46巻2号(2007年)258頁以下。

(8) 小林憲太郎『刑罰の帰責』(弘文堂、2007年)43頁以下。

(9) 小林・前掲注(8)73頁以下。

(10) 松原芳博「可罰的責任論の現状と展望」九州国際大学法学論集5巻2=3号(1999年)89頁以下。

(11) 松原芳博「刑法と哲学」法と哲学1号(2015年)62頁以下。

刑罰の正当化根拠は犯罪の予防による法益保護にある。刑罰は、犯罪の予防を目的とし、予防効果が見込まれる限りで、国家の正当な権限の範囲内の活動と認められる。一方、個人は、社会全体の利益の総和に還元されえない固有の利益・権利を保有している。税金のような応分の負担や感染症患者の隔離のような明白な危険の防止措置とは異なり、刑罰による重大な利益剥奪は、剥奪される本人に帰責事由が存在しない限り正当化しえないであろう。こうして、個人の側から見た刑罰の正当化根拠、すなわち刑罰受忍義務の根拠は、責任の観点にあるといえる。予防の必要性は刑罰を科す主体に由来する要請であり、責任の存在は刑罰を科せられる対象者に由来する要請である。刑罰を科すという営みも特定の主体による特定の主体に対する行為であるとすれば、両者を視野に入れた刑罰正当化論が求められる。刑罰は、予防に役立つものであり、かつ本人に責任がある場合に正当化されることになる。

具体的な刑の適用場面において登場する「責任」や「予防」の概念は、上記のような刑罰正当化根拠論によって既に限定され、洗練された内容となっている。そのため、犯罪論上の責任論においては、責任と予防は表裏のものとして現れるのである。

## 5 おわりに

責任と予防をめぐる議論は、抽象的・観念的次元から具体的・実践的次元にまで及ぶ。今回の日本側の報告では、まず、新旧学派の対立から今日まで責任と予防の議論の背景をなしてきた刑罰論について、松澤教授に報告していただく。次に、新派と旧派の対立の根源であった意思自由について、杉本教授に報告していただく。この問題は、脳科学の実験の成果に起因して近時再び注目を集めている。最後に、責任と予防をめぐる議論が最も実践的な意味を持つ量刑論との関係について、野村准教授から報告していただく。

## 刑法における責任・予防と刑罰論<sup>(1)</sup>

松澤 伸

### 1 はじめに

本報告では、刑法における責任と予防の問題に、刑罰論の観点から検討を加える。答えるべき問いは、刑法における責任の内容が非難であり、それが不法をなした犯罪者に対して、回顧的に加えられるものであるということになると、刑罰の目的が将来の犯罪予防にあるとされることといかに整合させることができるのであろうか、というものである。

そのため、まず、現在の日本での通説である相対的応報刑論の系譜をたどり、アメリカとスウェーデンの議論を参考に、それを克服する刑罰論を提示し、さらに、その刑罰論をもとに、上記の問いに回答する、という順序で、報告を行うことにしたい。

### 2 刑罰理論の変遷

#### 2.1.

現代に至る刑罰論の出発点は、いわゆる旧派(古典学派)刑法理論にある。旧派刑法理論によれば、刑罰とは、理性的な主体である個人が、自由意思のもとで犯罪行為を選択し、犯罪結果をもたらしたことにに対する応報である。応報としての刑罰は、なんらかの違法行為・違法結果に対する反動であるから、犯罪概念においては、客観的な要素に重点が置かれることになる。すなわち、何らかの権利を侵害したこと、あるいは法に規定された義務に違反する行為を行ったことが犯罪であり、そこでは、外部的に現れた事象に対する評価が犯罪論の本質をなす。権利侵害に重点を置く立場を前期旧派、義務違反に重点を置く立場を後期旧派といたりすることもあるが、いずれも客観主義犯罪論を展開することについては同じである。

#### 2.2

これを批判するのが新派(近代学派、実証主義)刑法理論である。新派刑法理

---

(1) 本稿で主張した内容について、更に詳しくは、松澤伸「刑法/刑罰制度の正当化根拠論と犯罪化論/犯罪論」石川正興先生古稀祝賀『刑事政策の新たな潮流』(成文堂、2019年)を参照されたい。

論によれば、刑罰とは、素質と環境によって生み出された危険な個人が、自己の抑制力の効かない犯罪行為を行ったことに対し、その行為者の内部に巢食う原因を除去するための改善刑である。新派刑法学の出発点は科学的な実証主義にある。それは、行為者の内部に存在する要因に着目する。すなわち、そうした内部的要因を徴憑するのが犯罪であり、そこでは、行為者の危険性に対する評価が犯罪論の本質をなす。初期の新派は生物学的要因に着目したが、のちになると、社会学的要因に着目する見解が一般的になっていく。しかし、いずれにしても、主観的犯罪論に至ることは同じである。

### 2.3.

以上のように、旧派と新派の刑罰論における対立は、犯罪論における客観主義と主観主義の対立としてあらわれ、戦前・戦中の日本の刑法論争の花形でもあった。これが、戦後に至り、戦中の国家刑罰権の行使がでたらめなものとなった反省をふまえて、国家刑罰権は慎重に運用しなければならないという認識から、基本的には、古典学派、すなわち客観主義犯罪論から出発するのが通説となる。しかしながら、古典学派の応報刑論は無意味な刑罰を科するものである、という近代学派からの批判は決定的なものともみなされ、基本的に応報刑論の立場に立ちつつ、応報刑の枠内で、可能な限り予防要請を考慮しようとする相対的応報刑論が通説となった。

### 2.4.

その後、日本の通説は、ほぼ一致して相対的応報刑論を支持してきた。しかし、相対的応報刑論には、決定的な矛盾が存在している。もし予防によって刑罰が正当化されるならば、なぜ応報によって処罰の上限が画されなければならないのか。もし応報によって刑罰が正当化されるならば、結局、刑罰は無目的なものへと墮するのではない<sup>(2)</sup>か。この批判は、相対的応報刑論にとっては決定的な批判である。

一方で、アングロアメリカ法の刑罰論は、日本と同様な旧派的・新派的な理論による対立を経て、新たな展開を遂げるに至った。アメリカでは、新派的な実証

---

(2) この点で、ドイツを中心に応報刑論のルネサンスと呼ばれる状況が生じていることは理解しうる事態である。しかし、刑法／刑罰制度は、結局のところ、予防以外では正当化され得ないように思われる。すなわち、「応報による正義の実現は、国家の任務ではない…絶対的応報刑論だけでなく、相対的応報刑論であっても、国家の刑罰制度を応報の観点から基礎づけようとする見解は、とりえない」（佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013年、有斐閣）2-3頁）のである。

主義の刑罰論は、70年代に入ると衰退する。新派的な改善刑の効果に強い疑いが向けられることになったからである。そこで、刑罰論は再び応報刑の方向へ向かう。ただ、今度の応報刑は、古典学派のような観念的なものではない。そこで<sup>(3)</sup>は、ジャスティス・モデルと抑止モデルの二つの方向性が示される。

## 2.5.

ジャスティス・モデルは、リベラルな立場に基づくもので、大要以下のような考え方である。改善刑が失敗した以上、犯罪の原因に刑罰で応じることは誤りである。ならば、手続の公正を確保し、判断の裁量を少なくし、恣意的な刑罰（量刑）を排除することが重要である。裁量が少なくなる分、犯罪行為の重大性に厳密に応じた刑罰が科されることになる。こうして、刑罰は、責任相応刑ということになる。

抑止モデルは、保守的な立場に基づくもので、大要以下のような考え方である。改善刑が失敗したことからわかるように、犯罪の原因がどこにあるのかを明らかにすることはできない。しかし、刑罰によって威嚇し、犯罪を抑止するという政策目標それ自体は依然として意義がある。そうなると、抑止したい行為を犯罪として規定して刑罰で威嚇し、犯罪行為を犯した者を威嚇した刑罰に応じて処罰することで、一般予防をはかることが重要となる。こうして、刑罰は、一般予防刑であるということになる。

## 3 刑罰論と予防

### 3.1.

以上の刑罰論を、犯罪学の実証的知見を踏まえて機能的に考えた場合、アメリカの2つの刑罰論の潮流には、正しい方向性がある。すなわち、刑罰の予防効果は実証されていないのであるから、この2つの理論のどちらかが正しいということになる。では、それは、ジャスティス・モデルと抑止モデルのどちらであろうか。

### 3.2.

私は、2つの点でジャスティス・モデルが優れていると考えている。ひとつは、抑止モデルは依然として有効かどうかわからない抑止効果に頼っている点である。刑罰には、改善効果がないのはもちろん、一般予防効果もないというのが犯罪学的な知見である。ならば、予防効果に一切期待しないことが理論的に一貫

---

(3) 松原英世『刑事制度の周縁』（成文堂、2014年）29-30頁参照。

している。

もうひとつは、ジャスティス・モデルの政策論的妥当性である。ジャスティス・モデルは、リベラルな政治的立場を前提としており、「防衛的刑法観」と呼ばれる考え方を導く。防衛的刑法観とは、スウェーデンの<sup>(4)</sup>刑法学者 Nils Jareborg が提唱する概念である。左側の見解が「防衛的刑法観」である。

法的安定性	効率性
均衡性	予防
人道性	ロー&オーダー
進歩主義	集産主義
自己批判的刑法倫理	道徳的刑法倫理

### 3.3.

ただ、「防衛的刑法観」にも疑問が感じられないわけではない。この見解は、現在生じている社会問題の解決のための事前介入に消極的に見える。とすれば、刑法は、実際の社会問題の解決には役立たない、事後的な紛争処理システムということになるのであろうか。

そうではない。防衛的刑法観に立とうとも、刑法というシステムが、「犯罪という人間の行動を心理的にコントロールする」<sup>(5)</sup>ために組み立てられていること、すなわち、意思の制御を通じて犯罪を抑止しようとするものであるということとは疑いない。よって、刑罰論が応報的なジャスティス・モデルに立つとしても、犯罪論としては、予防的な犯罪論がとられなければならない。

確かに、犯罪に対する法的効果としての刑罰について、予防効果は実証されていない。しかし、刑法において犯罪が定められ、刑罰が予告されることで、警察をはじめとした公権力による犯罪防止活動が現実的に起動するのであって、そうした犯罪防止活動それ自体には、明白な犯罪予防効果が存在するのである。刑罰に犯罪予防効果がないということと、刑法や刑罰の存在が犯罪予防のための起点となるということとはまったく異なる。刑法や刑罰に、こうした犯罪予防の起点としての意味合いがある以上、どのような行為が——刑罰ではなくて犯罪防止活動によって——抑止されるべきかを示す機能を持つ予防的犯罪論がとられなければならないのである。

(4) 対立概念は、右側の見解を取る「攻撃的刑法観」である。効率性と予防重視し、ロー&オーダーを取る見解で、抑止モデルの基礎となる考え方といえる。

(5) 西田典之『刑法総論』（第2版、2010年、弘文堂）5頁。

## 4 犯罪論（とりわけ責任）と予防

### 4.1.

しかし、ここで我々は困難な問題に突き当たる。それは、応報的刑罰論と予防的犯罪論という一見矛盾する理論の結合をいかにして図るべきかという問題である。いわば、相対的応報刑論が直面した問題に、再度、しかしながら一周してより高いステージで、直面するのである。ここでは、この報告の課題に鑑み、とりわけ、責任の領域において、この問題を検討することにした。

### 4.2.

責任の本質とは、(なされた不法に対する道義的な、あるいは法的な) 非難可能性だ、とされている。では、非難は、どのような性質をもつものであろうか。一般に、非難は犯罪行為者に対して、回顧的に加えられるものであるとされている。非難可能な犯罪行為者に対して、非難のメッセージを伝達するのが刑罰だとすれば、責任は、行為者の行為を対象とする回顧的な非難となるように思える。すなわち、非難と予防とは、無関係に見える。

確かに、多くの理論は、非難を予防を無関係と考えているようである。あるいは、矛盾していると考えているかもしれない。展望的な性格を持つ刑罰論と、回顧的な性格を持つ責任論とは、相容れないように見える。

そうすると、非難を予防の観点から説明する理論が必要になる。大変な難問であるが、これを説明する理論が、日本には存在する。「展望的非難の理論」と呼ばれているものがそれである。

非難と予防はベクトルが正反対に思われているが、そうではない。実は、非難は、予防に役立つのである。すなわち、非難は、予防に役立つから刑法のシステムに組み込まれている、という説明が可能である。「展望的非難の理論」について、所一彦は、心理学や人類学の知見を参照しつつ、次のように述べる<sup>(6)</sup>：

「非難や称賛の対象となる行動は、それぞれの社会で期待される行動が何であるかによって異なるが、それぞれの社会で期待される行動の動機づけに非難や称賛が一定の役割を果たす現象は、おおよそ普遍的に見られるところであるといってよいであろう。のみならず非難は、人類の長い経験のなかで、期待される行動の動機づけとして効率的に作用しうるように、次第に洗練されて来たと推測される。…処罰は非難に基づかねばならない。しかし非難が正当化されるのは、それが先験的倫理であり、あるいは非難感情に基づくからではなく、期待に背く行為を抑止するからで

(6) 所一彦『刑事政策の基礎理論』(1994年、大成出版) 85頁以下。

ある。…処罰が非難に基づかねばならないのは、それによって処罰が先験的倫理や本能的な感情に基づくものになるからではなく、国家的処罰が社会的非難に基づく民主的なものになるからであり、またひいては、それによって円滑に抑止機能を発揮できるようになるからである。」

このように、非難は予防に基づいて正当化することが可能である。<sup>(7)</sup>

ただし、展望的非難といっても、非難それ自体は行為者に対して回顧的に向けられていることに注意しなければならない。そうでなければ、行為者の処罰を犠牲として抑止を図ることになってしまうからである。回顧的に向けられた処罰が展望的に抑止に役立つ、ということが、展望的非難の理論の本質であり、刑罰論においては、この回顧的非難を、行為者に伝達することが問題となるのである。

## 5 おわりに

私は、以上のような形で、犯罪論における責任と、刑罰論における予防とは、矛盾なく説明できると考えている。しかし、こうした考え方は、通説とはいえない状況にある。日本では、相対的応報刑論という中途半端な立場が——暫定的に——支持されているが、実は、責任と予防に関する難問をそのまま放置しているのが現状なのではないか。こうした未解決の難問について、より真摯に取り組むことが、日本の刑罰論の発展に役立つことになるのではないかと思われる。

---

(7) 展望的非難の理論は、平野龍一によって主張されたが（平野龍一『刑法の基礎』（1966年、東京大学出版会）24頁以下）、その内容が必ずしも明らかではなく、平野の犯罪論がのちに有力となったにもかかわらず、これを明示的に採用する論者は少なかった。所一彦は、本文で示したような理論を、展望的非難の理論の説明として提示しているが、平野がどう考えていたかは必ずしも明らかではない。

## 刑法上の責任と決定論

杉本一敏

## 1 問題の所在

本報告のテーマは、「決定論」と「刑法上の責任」が両立し得るか、という刑法の根本に関わる問題である。「決定論」が正しいならば、「処罰」という形で人に「刑法上の責任」を問うことはできなくなる、という見方（刑罰制度に対する懐疑論）は、昔から根強く主張されている。それでは、「決定論」と「刑法上の責任」はなぜ対立関係に立つと言われるのか？ はじめにその論理を確認しておく。

伝統的な見解は、「処罰」という形で行為者に「刑法上の責任」を問うためには、行為者が、行為に出ようとした時点で「他の行為を選択することもできた」と認められることが必要である、と解してきた。これが、行為者の「意思決定の自由」という要件、より精確に言えば「**他行為選択可能性**」(alternative possibility: **AP**) という要件である。

これに対して、「**決定論**」とは、次のような考え方である。①人は、現在の時点では、もはや「過去の世界の状態 (=p)」を変えることができない（過去の確定性）。②そして、1つの「世界の状態 (p)」に続いてどのような「世界の状態 (q)」が生起するかは、「自然法則」によって決定されている。人は、この「自然法則」を変えすることもできない（自然法則の確定性）。①と②から、③「人は、自分が現在選ぶ行為を、自分の力で変えることができない。」ということが帰結する。というのも、行為者の現時点における「行為の決意」は「現在の世界の状態」qの一部であるが、これは、もはや変えることができない「過去の世界の状態」pから、やはり人の手では変えることができない「自然法則」を介して、必然的に帰結する結果に他ならないからである。そうすると、現時点の行為者には、実際に決意した行為以外の、何か「他の行為」を決意する可能性 (AP) はなかったことになる。そこで、「決定論」が真であるならば、人には AP が存在しないことになり、およそ人に対して「処罰」という形で刑法上の責任を問う根拠が失われる、ということになる。<sup>(1)</sup>

(1) 大谷實『刑事責任の基礎』（成文堂、1968）73頁、テッド・ホンデリック（松田克進訳）『あなたは自由ですか？【初版】』（法政大学出版局、1996）168, 192頁（原書【第2版】：Ted Honderich, *How free are you?*, 2nd.ed., 2002, pp.139-140）。

刑罰制度に対する「懐疑論」は、最近の「脳科学」の知見によって再び勢いを得た。1つの大きな契機となったのが、生理学者B・リベット（Benjamin Libet）の実験である。リベットの実験は、行為者の決意は無意識のうちに脳内で起こっており、その約0.4秒後に行為者にそういう自分の決意として意識されている、という可能性を示した。そこからリベットは、人は「自由意志」によって自分で意識的に行為を決めているわけではない（人は、無意識の間に脳が決めたことを、その後で自分の決意であるかのように意識しているだけである）、という結論を引き出した。人の「自由意志」にできることは、せいぜい、自分の決意が自分の意識に上った時点から、その決意に従った筋肉の運動活動（行為）が開始されるまでの約0.1秒の間に、必要に応じて、その行為に出るのを中止することだけである（人の「自由意志」には、自分の意志とは無関係に脳内で開始されたプロセスを、最終段階で差し止めるという一種の「拒否権」が認められるにすぎない）、というのである<sup>(2)</sup>。そこで、このような脳科学の知見に着想を得て、刑罰制度に対する新しい「懐疑論」が生まれることになる。行為者の「行為の決意」が脳の作動の産物であり、かつ、脳の作動が専ら（遺伝、環境要因の影響などに関する）自然法則に従っているのであれば、行為者にはAPがなく、処罰は不可能である、という論理が考え出されることになるのである<sup>(3)</sup>。

「決定論」に基づいて刑罰制度の存立根拠を疑問視する「懐疑論」は、一見すると説得力がある。そこで、「決定論と刑罰制度が両立するか」という問題は、刑法学にとって、決して答えを出すことができない永遠の課題だと考える論者もいる。しかし本報告は、この問題がこれほどの難問になっている原因の大半は、「決定論」や「自由」といった概念が論者によって様々な（異なった）意味で用いられており、議論がかみ合っていない点にあると考える。どのような内容の「決定論」が、刑法・刑罰制度の存立にとって脅威となるのか？ この点を厳密に考えずに、漠然とした「決定論」のイメージを仮想敵として持ち出し、「決定論は刑法・刑罰制度の存立根拠に対する重大な脅威である」と述べるに止まっている議論も、多数見受けられるのである。そこで、本報告においては、刑法・刑罰制度にとって問題となり得るタイプの「決定論」と、問題にならないタイプの「決定論」とを厳密に仕分け、「決定論」という考え方が、刑法・刑罰制度にとって本当のところどのような意味を持ち得るのか、ということ突き詰めて考えてみたい。

(2) ベンジャミン・リベット（下條信輔訳）『マインド・タイム』（岩波書店、2005）第4章（原書：Benjamin Libet, *Mind Time*, 2004）

(3) この問題を詳しく検討した刑法学の文献として、増田豊『規範論による責任刑法の再構築』（勁草書房、2009）第5章、松村格『自由意志と刑事責任』（八千代出版、2017）など。

## 2 2種類の「決定論」と、2つの立場

### 2.1 2種類の「決定論」

「人の決意が（法則によって）決定されている」という概念には、論者によって、全く異なった意味が込められている場合がある。大きく分けると、その意味合いは、次の2つ（①、②）に分かれる。

#### ①人の責任を阻却する決定要因

刑法上の責任が阻却される場合には、他者から強要されて決意をした場合や（心理的な強制）、精神の障害に基づいて決意がなされた場合（責任無能力）がある。その他に、刑法において実際に問題とされることはほとんどないが、催眠術、洗脳、脳への直接的な刺激、薬物の効果などによって決意に出してしまった場合も、責任が否定され得るだろう。これらの場合の人の決意は、他者から強制（決定）されたものであったり、または、生理学的な法則に従って決定づけられた身体的反応にすぎない。これらの場合、人は、他者や自然法則によって「人形」のように操られ、決意に出ているのである。このような種類の「決定要因」が存在している場合には、人の決意はその外部の要因によって「決定された」ものとされ、責任が阻却されることになる（これらの要因を「責任帰属の阻害要因」と呼んでおこう）。以上の点については、異論がないだろう。

#### ②「完全決定論」

他方で、人の行為も含んだ世界の出来事の全てが、「完全法則」<sup>(4)</sup>によって完全に決定されている、と考える徹底した決定論がある（「完全決定論」と呼ぶことにする）。上記①で見た「心理的強制」の効果や、精神・脳に関する「生理学的法則」には例外があり得る。「決意しろ」と脅迫を受けたにもかかわらず決意しない人もいるし、催眠術が何故か十分に効かない場合もある。しかし、完全決定論には例外がない。完全決定論は、現実世界において妥当している全ての法則を網羅しているから、ある場合に強制や催眠術が失敗することさえも法則的に予言し、説明することができる。このような完全決定論は、人が強制や催眠術などを受けておらず、自分の意思で行為を決意している（普通の）場合であっても、実は、人は「完全法則」によってそのような決意をするように因果的に決定されていたのだ、と主張する。もちろん、現時点では、そのような完全法則の内容は解明されていない。しかし、そのような完全法則が存在しないということは証明できないから、現実世界が完全法則によって決定されている可能性は否定できない。現実世界がこのような「完全な決定論的世界」であるならば、人は常に、完

(4) 伊佐敷隆弘『時間様相の形而上学』[勁草書房、2010] 96頁以下の概念による。

全法則に操作されている「人形」である。

それでは、刑法学が問題にしなければならない「決定論」とは、どのレベルの決定論なのだろうか？

## 2.2 両立論と非両立論（自由意志論）

この問題を考えるにあたって、近時の英語圏の哲学における議論を参照することにした<sup>(5)</sup>。そこでは、「両立論」(compatibilism)と「非両立論」(incompatibilism)という立場の対立がある<sup>(6)</sup>。「両立論」とは、決定論が妥当するとしても、人に責任を問うことはできる（決定論と責任は両立する）、と考える立場である。「非両立論」は、人が、法則による決定を受けずに自ら「起点」となって行為を決意する「自由意志」(free will)を持っていないならば、その人に責任を問うことはできない（決定論と責任は両立しない）、と考える。以下では、両立論の代表的論者として J.M. フィッシャー (John Martin Fischer) の見解、非両立論の代表的論者として R. ケイン (Robert Kane) の見解を参照する。

## 3 決定論をめぐる議論の現状

### 3.1 「フランクファート型事例」

では、本題に入ろう。「決定論と責任が両立するか」という問題をめぐっては、哲学者 H. フランクファート (Harry G. Frankfurt) が作った、思考実験のための架空事例（「フランクファート型事例」と呼ばれる。）が議論の1つの中心になっている。それは次のような種類の事例である<sup>(7)</sup>。

X が脳の手術を受けた際、執刀した神経外科医 Y が X の脳に機械を埋め込ん

(5) 日本の法哲学・刑法学の分野でも、近時これらの議論が参照されている。瀧川裕英『責任の意味と制度』（勁草書房、2003）、同「他行為可能性は責任の必要条件ではない」大阪市立大学法学雑誌55巻1号（2008）31頁以下、中村悠人「責任と決定論についての小考」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂、2016）239頁以下など。

(6) これらの立場の対立構図については、John Martin Fischer/Robert Kane/Derk Pereboom/Manuel Vargas, *Four views on free will*, 2007の序論に、簡潔な整理がある。

(7) ハリー・フランクファート（三ツ野陽介訳）「選択可能性と道徳的責任」門脇俊介＝野矢茂樹編『自由と行為の哲学』（春秋社、2010）91-92頁（原書：Harry G. Frankfurt, *The importance of what we care about*, 1988, pp.6-）。もともと、フランクファートが挙げている事例それ自体は必ずしも具体的なものではなく、他の論者も、様々なディテールを付け加えて、独自に、具体的な「フランクファート型事例」を作り上げている（John Martin Fischer, *The Metaphysics of free will*, 1994, pp.131-；Robert Kane, *The significance of free will*, 1998, pp.40-）。ここでは、成田和信『責任と自由』（勁草書房、2004）93-94頁で挙げられている事例にならって、分かりやすい「殺人」の例にした。

だ。その機械は、X の脳内の生理現象をモニタリング（監視）しており、Y は、X がどのような行為に出る決意をしたかを、X が行為に出る前に知ることができる。更にその機械は、X の脳に電気刺激を与えることで、Y が X にさせたいと望む行為を、X に決意させることができる。Y は、X に A を殺害させたいと考えた。そこで、X の脳に電気刺激を与えて、A 殺害の決意を生じさせる機会をうかがっていた。しかし、Y が X の脳に電気刺激を与える前に、X が自分で勝手に A に殺意を抱き、A を殺害した。

この場合の X には、AP が存在しない。仮に、X が「A の殺害」を決意しなかった、と仮定してみよう（例えば X が、A に対していったん抱いた殺意を規範意識によって打ち消した、という場合を考えてみよう）。しかしその場合も、どのみち Y が、脳に電気刺激を与えて X に「A の殺害」を決意をさせただろう。したがって、X は「A の殺害」を決意する運命を「決定」されていたのであり、X にはそれ以外の選択肢はなかったのである（AP の欠如）。しかし、この場合の X に殺人罪が成立し、責任阻却の余地はない、という結論は、誰もが直感的に支持するだろう。そこで両立論者は、このようなフランクファート型事例を挙げて、「決定論」と「責任」（処罰）は両立する（決定論が妥当するとしても、人の処罰は正当化できる）、と主張するのである。

この「フランクファート型事例」は、一体何を表しているのだろうか？ その点については、いくつかの解釈があり得ると思われる。考えられる 1 つの解釈は、この事例の「Y」が、完全決定論にいう「完全法則」を擬人化して表したものだ、という解釈である。X は、どんなに Y（＝完全法則）に逆らって決意しようと試みても、結局、Y（＝完全法則）の「決定」から逃れることはできない。X が決意する内容は全て、Y（＝完全法則）が予言した通りのものになる運命なのである。そうだとすると、両立論は、この事例を持ち出すことによって、「仮に完全決定論が妥当し、人の決意が完全法則によって決定されているとしても、人に責任を問うことはできる。」と主張していることになる。

### 3.2 2 階の意欲、操縦的コントロール

「完全決定論」と「責任」とが両立し得ることは、両立論者の立場からすれば、当然に説明可能な事柄である。いくつかの説明を見てみよう。

フランクファートは、動物に対しては「責任」を問うことができないが、人に対しては「責任」を問うことができるのは、人だけが、自分の「2 階の意欲」を実現しているからである、と説明している。「2 階の意欲」を実現するのは、自分がどんな「欲求」に従って決意に出るかを自分で決めて、実際にその

決意に出ることをいう。例えば、薬物依存症患者 X が、薬物を摂取することをやめたいのに、依存症の症状によって、どうしても薬物摂取をやめられない、としよう。X は、「薬物を摂取したい」という欲求と、「薬物摂取をやめたい」という欲求のうち、後者の欲求に従って行為を決意したい（薬物摂取を差し控えるという行為に出たい）と考えている。しかし、依存症の症状に逆らえず、どうしても前者の欲求に従って、「薬物摂取を続ける」という行為を決意してしまうのである。このような X の決意（薬物摂取を続けるという決意）は、2 階の意欲（X の「**本心**」<sup>(8)</sup>）の実現ではないので、X に薬物摂取の責任を問うことはできない。これに対して、薬物依存症患者 Y が、自ら「薬物を摂取したい」と望んで薬物摂取を続けたとしよう。この場合には、Y は、自分の「本心」から、「薬物を摂取したい」という欲求に身を委ねているのである。したがって、Y に X と同程度の依存症の症状があり、仮に Y が「薬物摂取をやめたい」と考えてもどのみち薬物摂取をやめられなかったであろうとしても、Y に対しては薬物摂取の責任を問うことができるのである。このような考え方に立つと、仮に「完全法則」によって人の決意が決定づけられていたとしても、人が「本心」からその決意に賛成しているならば、その決意について当人に責任を問うことができる。

これと類似した発想は、フィッシャーの「**操縦的コントロール**」(guidance control) の概念にも見出される。フィッシャーは、「自動車の操縦」をたとえ話として挙げて、次のように説明する。故障していて、ハンドルを左に回しても右折してしまう自動車がある。自動車の故障を知らない運転手が、交差点で右折しようと思ってハンドルを右に回し、右折をしたとしよう。この場合、仮に運転手が交差点で左折しようと試みたとしても、自動車は右にしか曲がらなかった（つまり、運転手はこの交差点で右折の選択しか実現できない状況にあり、AP がなかったことになる）。しかしそうだとした場合、現実になされた右折については、運転手に責任があると思われる。このように、「現実の経緯」において行為者のした決意が、行為者の本心に合致している場合（上記 2.1 の①に挙げたような「責任帰属の阻害要因」の産物でない場合）には、行為者に現実の経緯に対する「操縦的コントロール」がある、と言われる。これに対して、運転手が実際に左折をしようとし

(8) 成田『責任と自由』(前掲注(7))第6章は、フランクファートの言う「2階の意欲」の実現を、本人の「本心」の実現、という概念で捉え直している。

(9) H. フランクファート (近藤智彦訳)「意志の自由と人格という概念」門脇=野矢編『自由と行為の哲学』99頁以下(原書: H. Frankfurt, *The importance of what we care about*, pp.11-) 参照。

(10) Fischer, *The Metaphysics of free will*, pp.132- ; John Martin Fischer/Mark Ravizza, *Responsibility and control*, 1998, pp.34-.

てハンドルを左に回したのに、車が右に曲がってしまった場合には、この右折は運転手の責任ではない。このように、「現実の経緯」において、何らかの「責任帰属の阻害要因」が、実際に、行為者の本心に反する方向で行為者の決意を決定づけてしまった場合には、行為者には現実の経緯に対する「操縦的コントロール」がない。この場合の運転手は、右折について責任を負わないだろう。以上のことから、フィッシャーは、行為者に「責任」を問うための必要条件は、行為者が「現実の経緯」に対して「操縦的コントロール」を持っていたこと（「現実の経緯」が行為者の本心に合致していること）であり、現実に行った決意とは異なる決意をすることもできたということ（AP）は、責任の要件ではないと結論づける。つまり、人の決意が完全法則によって決定されており、それ以外の決意はできない運命だったとしても、当人がその決意に至った「現実の経緯」において「責任帰属の阻害要因」が介入していない限り、その決意について当人に責任を問うことができるのである。

### 3.3 非両立論からの反論と、両立論からの再反論

以上のような両立論の主張に対し、非両立論者のケインは次のように反論する。<sup>(11)</sup> 人が「自分の決意が操作されている」ということに気づかないような形で決意を操作されていた場合、その人は、自分の決意について責任を負うのだろうか。例えば、洗脳を受けたために、洗脳者によって吹き込まれた決意を自分の「本心」からの決意として是認してしまうような人は、その決意について責任を負わないと考えるべきではないだろうか。しかし、両立論のいう「本心との合致」基準に従えば、人は、洗脳されて行った決意についても責任を負うことになってしまう。「洗脳者」の代わりに「自然法則」を置いてみた場合も、話は全く同じである。人が、特定の決意をするように自然法則によって決定づけられているならば、やはり、その人に責任はないと考えなければならない。その決意がたとえ本人の本心に合致していたとしても、それは「自然法則」によって人がいわば「洗脳」され、その決意を自分自身の本心であるかのように思い込まされた結果に他ならないのである。

この反論に対しては、次のように再反論をすることができると思われる。

まず、ケインのいう「洗脳」のケースについて考えてみよう。人が「洗脳」によって特定の決意へと（抵抗不可能な形で）誘導されている場合には、その人の「2階の意欲」が、「責任帰属の阻害要因」（上記2.1の①に挙げた種類の要因）によって現実に決定づけられてしまったことになる。したがって、そのような場合に

---

(11) Kane, *The significance of free will*, pp.64-.

は、両立論の立場からも責任が否定されると思われる。

次に、「自然法則」によって決定された人の決意も責任がない、というケインの反論について考えてみよう。ケインは、人に責任を問うためには、人の決意が、他の何にも決定されておらず、専ら当人の「自由意志」によって形成されたものでなければならない（**終局的責任**：ultimate responsibility=UR）、と主張する。そして、人の決意が自然法則によって決定されているならば、その決意は「自由意志」の産物ではないとする。ケインが「人の決意が自由意志によって形成された」と呼んでいる状態というのは、心理的に強制されていない、精神障害がない、洗脳されていないといったように、「(上記2.1の①に挙げた) 責任帰属の阻害要因が存在しない」という意味で人の決意が「自由」である（決意が本人の本心に合致している）、という状態のことではない。その程度の「自由」は、法則によって完全に決定されている人が「自分の決意は、自分の本心からの決意である。」と思ひ込むだけで感じることが出来る自由であり、本当の「自由」ではない。本当の「自由」（「自由意志」とは、自然法則による決定を免れることである。

ケインは、「客観的価値」という議論を持ち出して、次のように説明している<sup>(12)</sup>。全く売れない老いた画家Aを元気づけるために、その友人が、「Aの才能が遂に評価されて、Aの絵が高値で売れた。」という嘘をついた。Aは、それを信じ、幸福感に包まれたまま死亡した。この場合、もし自分がAだったならば、次の2つの世界のどちらで暮らしたいか？【世界1】：友人の嘘によって、Aは「自分が偉大な画家である」と信じ込んだまま死亡したが、実際のところ、Aは偉大な画家ではなかった。【世界2】：友人の嘘によって、Aは「自分が偉大な画家である」と信じ込んだまま死亡したが、実は、Aは本当に偉大な画家であって、後世において高く評価された。ケインは、みんな【世界2】の方が良いと感じるだろう、と言う。そうだとすると、自分自身が決して知り得ない「客観的価値」（上の画家Aの例で言えば、自分の死後に初めて判明する画家としての名声）が、人にとっては重要な意味を持っているのだ、とケインは主張する。そして、人の「自由意志」も、それと全く同じ意味で重要なのだという。自分の決意が法則によって全て決定されていたとしても、自分が自由に決意している（自分の決意が自分の本心に合致している）と感じているならばそれで十分である、と考えるような両立論者は、上の【世界1】で満足していることになる。しかし、そのような自由は幻想であり、決定論によって支配されている世界の「外」に出て初めて本当の「自由」がある、と考える論者（ケイン）は上の【世界2】を求めている、というわけである。

(12) Kane, *The significance of free will*, pp.97-. なお、ここでは、原文よりも事例を単純化している。

ここでケインが、現実世界を「完全な決定論的世界」としてイメージし、人は「自由意志」によってその世界の「外」に出ることができると考えていること、そして、人の決意が「自由意志」の産物だと認められる場合に限って、人に責任を問うべきだと考えていることは明らかである。非両立論者の理解においては、責任を問われるべき「行為者」も、そして、その行為について(刑法的)評価を下す「判断者」も、完全な決定論的世界の「外」にいることが前提となっている<sup>(13)</sup>。しかし、「完全な決定論的世界」の「外」に出ることは(完全決定論の定義から)不可能である。完全決定論を前提にする場合には、人の行う全ての決意や行為、更には、それに対する評価や判断が「完全な決定論的世界」における言わば「シナリオ通りの劇の上演」になるのであり、シナリオの「外」に出てそのシナリオを評価・判断する、といった事態は想定できないのである。

そうだとすると、刑法上の責任にとって、完全決定論(上記2.1の②)は意味のある「脅威」とならない。

第1に、いま確認したように、「完全決定論」を前提にするならば、人の決意・行為を評価する「判断者の判断」さえも、法則による「決定」を免れていないことになる。そのような前提からは、「あるべき判断のあり方」について何らかの結論を引き出すことはできない。

第2に、(仮に、法則によって決定されているのは行為者の決意・行為だけであって、「判断者」は決定論的世界の「外」にいて判断を下すことができると考えたとしても、)「世界には完全法則が存在する」という見方は、証明も反証もできない1つの「世界観」にすぎず、「世界の出来事は法則によって規定されているという前提に立って、妥当している法則を探し出していこう」という視座の表明に他ならない<sup>(14)</sup>。完全法則は、(上記2.1の①で挙げた)個別具体的な生理学的法則などとは異なり、現実妥当していることが証明された法則ではない。従って、行為者のあらゆる決意・行為が「法則によって決定されている」ことは、具体的には実証されていないのである。

第3に、仮に人の決意・行為が何らかの法則によって説明されたとしても、人の決意・行為が「法則によって説明可能である」ということが、その人の責任を否定すべきだという結論に直結するとは考えられない。例えば、一定の学力を持った受験生 X が大学入試に合格したことは知能・記憶その他の「脳の作動」に

(13) 自然法則に囚われていない(自由意志を持った)行為者でなければ責任を問うべきでない、という考え方を1つの「当為」として掲げること自体、自分自身は完全な自然法則に囚われていないと考えている「判断者」を前提にした議論である。

(14) クルト・ヒュブナー『科学的理性批判』神野慧一郎ほか訳(法政大学出版社、1992) 32-35頁(原書: Kurt Hübner, Kritik der wissenschaftlichen Vernunft, 1978)。

関する「法則」によって説明可能だろうが、だからといって、合格はXの功績ではなくXを誉めるべきでない、ということにはならないだろう。

最後に、両立論者に対しては、フランクファート型事例においては行為者にAPがある（したがって、行為者が責任を問われるのも当然である）、という反論がある。上の事例で言えば、Xは、仮にAの殺害を決意しなかったならば、「Yの電気刺激を受けてAの殺害を決意する」ということになったはずである（仮定的経緯）。この仮定的経緯は、現実の経緯（「Xが自分でAの殺害を決意する」）とは異なっている。だから、XにはAP（他の経緯を選択する可能性）があった、というのである。

これに対しては、次のように再反論をすることができる。第1に、いまXに問おうとしているのは、「Aの殺害」についての責任である。したがって、「APがある」という理由でXの責任を基礎づける論理があるとすれば、それは、Xが「Aを殺害しない」という決意を実現しようとするれば実現できただろう、という場合に限られる。ところが上の事例では、Xは「自分の決意でAを殺害する」という経緯を回避できただけであり、「Aの殺害」はどのみち回避できなかった。したがって、この事例で問題とするべきAPは、やはり存在していないのである。

第2に、この事例のXは、自分の意思によって、「自分の決意でAを殺害する」という経緯（シナリオ①）を、「Yの電気刺激を受けてAを殺害する」という経緯（シナリオ②）に変えることができる。したがって、たしかにXは、「完全決定論」を打ち破ることができるという意味では、他行為選択可能性（AP）を持っていたことになる。しかし、このような指摘が示しているのは、フランクファート型事例が「完全決定論」を表現した事例になっていない、というだけのことである。

#### 4 刑法上の責任帰属の問題

以上の検討から、人の決意・行為が「自然法則」によって「決定」されていることが刑法上問題となり得るのは、次の場合に限られることが分かる。すなわち、（1）問題となっているのが「具体的に実証された自然法則」であり、かつ、（2）そのような自然法則によって人の決意・行為が決定されていることが「その人の責任帰属を阻害する」と考えられるような場合に限られる、ということである。

フィッシャーは「理由応答性」（reasons-responsiveness）という概念を提唱す

<sup>(15)</sup>。フィッシャーによれば、人が責任を負うのは、その人が、存在している「(行為の)理由」に対して適切に反応することができる場合である。例えば、X が書店で本を盗んだとする。X の行為は窃盗罪に該当し、実際に逮捕されるリスクもあった (X もそのことを自覚していた) のだから、X には、そのような行為に出ない十分な「理由」(反対理由)があった。この場合、X が窃盗の責任を問われるのは、X が、反対理由に従って問題の行為 (本の窃盗) に出ない、ということも可能であったと認められるからである。<sup>(16)</sup>これに対して、X が、仮に、どんな十分な反対理由があったとしても、問題の行為の遂行に固執しただろうと考えられる場合 - 例えば、本を盗めば自分の家族が殺されるとしても、X は本を盗むことをやめられなかつただろうと考えられる場合 - には、現実になされた「X による本の窃盗」は「理由応答性がないプロセス」(たとえどんな反対理由が提示されても変わる可能性がないプロセス) だったことになり、X には窃盗の責任を問うことができない。

このような観点から見直すと、(上記2.1の①の)「責任帰属の阻害要因」(強い心理的強制、催眠術など)が存在した場合には、行為者が行為に出たプロセスに「理由応答性」がなかった、ということができる。つまり、行為者の決意が「自然法則」によって説明される、ということによって行為者の「責任」が否定されるためには、その「自然法則」が、行為者が行為に出たプロセスから「理由応答性」を奪うような種類のものでなければならない、ということである。

以上を基にして、最後に、脳科学が提起しつつある問題の意味を確認したい。脳科学の進展により、異常な犯罪的行為には特定の「脳」の状態がその原因にあり、人の犯罪的行為を「具体的な法則」によって説明することができる、という見方が確立しつつある。<sup>(17)</sup>そうすると、これまで、行為者が自由に決意したと考え

(15) この考え方は、近時、法学者においても援用されている。瀧川「他行為可能性は責任の必要条件ではない」(前掲注(5))、竹川俊也『刑事責任能力論』(成文堂、2018)第2部第3章など。

(16) フィッシャーの言い方に従って正確に言えば、行為者が現実の行為とは異なる行為に出るという可能世界が、何か1つは (some) 存在する、ということである (Fischer, *The Metaphysics of free will*, pp.166- ; Fischer/Ravizza, *Responsibility and control*, p.44)。フィッシャーは、これを「弱い理由応答性」と呼ぶ。更にフィッシャーは、行為者による理由の「受容」のあり方については、それが「客観的に了解可能なものであること」を要求する、という修正を自説に施しており、最終的に、自説の判断基準を「穏当な理由応答性」と呼んでいるが (Fischer/Ravizza, *Responsibility and control*, pp.69-)、ここでは詳細は省略する。

(17) ローレンス・R・タンクレディ (村松太郎訳)『道徳脳とは何か - ニューロサイエンスと刑事責任能力』(創造出版、2008) (原書: Laurence Tancredi, *Hardwired Behavior*, 2005) など参照。

られてきた事柄が、実は、行為者の特定の「脳の構造」から合法的に帰結した結果であり、「理由応答性」のない決意プロセスだった、と判明することもあり得る。例えば、一定のパーソナリティ障害に「脳の構造」が関わっており、その決意プロセスに「理由応答性」が欠けているということが判明するならば、そのような障害に起因した犯罪行為について刑事責任を問うことには、疑義が生じることになるだろう。特に、日本の刑事責任能力の判断においては、行為者の犯罪行為が、行為者の「もともとの人格」（行為者が精神障害に陥る前に持っていた正常な精神機能）の結果と評価できるのか、それとも「もともとの人格」とは異質の（専ら精神障害の影響による）ものなのか、という視点が重視されることも多い。しかし、先天的な脳の構造が人の決意を左右している場合に、その人について、「もともとの（正常な）人格」を観念することができるのだろうか。<sup>(18)</sup>

今後、脳科学が飛躍的に進展することにより、人の一定の「脳の構造」が、「理由応答性のないプロセス」を通じてその人の一定の決意パターンを決定している、という知見が確立する可能性がある。そのときには、責任能力判断も、その「判断方法」と「結論」の両面において、一定の変容を免れないと考えられる。もっとも、今回もまた、「完全決定論」が議論に入り込んでくることは、厳に防がなければならない。「具体的な法則は未だ証明されていないが、犯罪行為を帰結したからには、何らかの脳の構造がその原因だったはずである」、という前提に立って考えてしまうと、今度は、「脳による完全決定論」と、それに基づく不毛な「刑事責任懐疑論」が、再び生まれることになってしまうのである。<sup>(19)</sup>

#### 【付記】

本報告論稿は、平成26年度科研費若手研究（B）26780044の助成による研究成果の一部である。

(18) 現代刑事法研究会「〔第3回〕責任能力」ジュリスト1391号（2009）97頁〔岡田幸之発言〕参照。

(19) 鈴木貴之「脳神経科学からみた刑罰」信原幸弘＝原塑編『脳神経倫理学の展望』（勁草書房、2008）265頁参照。

## 責任・予防と量刑

野村健太郎

## 1 日本の刑法における量刑

日本の刑法は、犯罪ごとに刑の上限と下限を定めています。この法定刑に法律上の加重・減軽を加えて形成される処断刑の枠内で、裁判官は、量刑を行います。もっとも、量刑の基準については、明文の規定がありません。量刑の基準は、法律家の解釈に委ねられています。

## 2 量刑の原理としての責任と予防

現在の日本の量刑理論・実務では、量刑の主な基準は、被告人（行為者）の犯罪行為に対する責任だと考えられています<sup>(1)</sup>。被告人の責任に応じた刑、すなわち、「責任刑」を科すことが、量刑の基本だとされているのです。責任原理（責任主義）によれば、責任刑を超えた刑を科すことは許されません。

他方、日本の学説の多くは、刑罰の目的を、犯罪予防による法益保護に求めています。この考え方によれば、犯罪予防に役立たない刑罰や、犯罪予防にとって不必要な刑罰は、正当化されないことになります。

学説では、量刑において「責任」と「予防」という二つの原理がどのような関係にあるのかが、議論されてきました。

もっとも、学説の中には、刑罰目的が犯罪予防にあることを認めただうえで、量刑における予防的考慮の余地を否定する見解もあります<sup>(2)</sup>。この見解は、刑罰制度の一般的正当化原理と個別の科刑の原理とを分離する立場から、量刑は専ら応報原理によって行われるべきだと主張するのです。この見解によれば、量刑では予防原理が排除されるため、責任と予防の関係は、初めから問題とならないこととなります。

しかし、このような見解は、支持できません。刑罰は、具体的な被告人との関

---

(1) 遠藤邦彦「量刑判断過程の総論的検討」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第1巻』（2011年）87頁以下、司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』（2012年）6等参照。

(2) 紹介として、松澤伸「スウェーデンにおける刑罰の正当化根拠と量刑論」罪と罰51巻3号（2014年）76頁以下等。

(3) H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, 1968, pp.8-11.

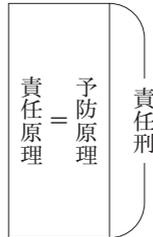
係で正当化されなければなりません。したがって、刑罰の正当化根拠を犯罪予防に求めるのであれば、量刑の場面でも予防目的の考慮が必要だと考えられます。

### 3 「責任刑」と予防の関係——同視か分離か

それでは、量刑の原理である「責任」と「予防」は、どのような関係にあるのでしょうか。

学説には、量刑における責任と予防とを同視する立場も有力です<sup>(4)</sup>。つまり、責任刑とは、犯罪予防にとって適切な刑を意味すると解する立場です。この立場によれば、例えば、犯罪予防の観点から被告人に5年の有期刑（懲役刑）を科すことが適切だと考えられる場合、5年の有期刑が「責任刑」になります。以下ではこれを、「同視論」と呼びます。

図1：同視論のイメージ



同視論に対しては、量刑における責任原理と整合しないのではないか、という疑問が生じます。責任原理は、犯罪予防を目的とした刑罰を、被告人の責任によって限定することで、被告人の権利を保障する原理です。たとえ犯罪予防に必要な刑罰であっても、それが被告人に対する非難として重すぎるのであれば、宣告できないようにしなければなりません。そのための基準が、「責任」であるはずですが、にもかかわらず、その「責任」が予防原理によって規定されるのであれば、予防原理によって責任原理を制約しようとすることになり、処罰限定機能は失われてしまうように思われます。

同視論は、刑罰の目的を国民の規範意識の維持・強化に求める積極的一般予防論に依拠しています。積極的一般予防論によれば、被告人に対して不当に重い刑を科すことは、法に対する国民の信頼を害することになるため、予防目的の観点からも適切でないこととなります。このように、予防目的に内在する制約によって、同時に、被告人の権利も保障されるという発想が、同視論を支えています。

(4) 日本の量刑理論に大きな影響を与えたドイツの刑法学者による論考として、クラウス・ロクシン〔宮澤浩一監訳〕『刑法における責任と予防』（1984年）121頁以下〔酒井安行訳〕。

しかし、そのような目的内在的な制約だけで、被告人の権利を十分に保障し得るかは疑問です。例えば、多くの国民が、被害の軽微な窃盗に対して長期の有期刑を相当と考える場合、それを科すことは、犯罪予防にとっては適切かも知れませんが、被告人にとっては、不当な権利侵害といえるでしょう。責任原理は、国民の処罰感情に対する防波堤としても機能するものでなければなりません。

このような観点から、有力に主張されているのが、責任と予防とを完全に分離する立場です。つまり、責任刑とは、予防目的を考慮せず専ら被告人自身の非難可能性に応じて導かれる刑だと解する立場です<sup>(5)</sup>。以下ではこれを、「分離論」と呼びます。

分離論によれば、被告人の非難可能性に応じた責任刑を「上限」としたうえで、それを超えない限度で、犯罪予防にとって適切な刑を科すべきこととなります。例えば、被告人の非難可能性に応じた刑が4年の有期刑である場合、犯罪予防のために3年や4年の有期刑を科すことはできますが、4年よりも重い有期刑を科すことはできません。考慮される犯罪予防目的については、これを一般予防に求める立場<sup>(6)</sup>と、特別予防に求める立場<sup>(7)</sup>とがあります。分離論の狙いは、予防原理を排除した責任刑を「上限」とすることにより、犯罪予防目的の追求を制約し、被告人の権利を保障することにあります。

図2：分離論のイメージ



しかし、分離論に対しても、疑問があります。分離論は、予防の必要性を考慮せずに、責任刑、つまり、「正当な非難」としての刑を導くことが可能だという前提に立ちます。しかし、そのような前提は、通説的な刑罰目的論とは整合しないように思われます。冒頭でも述べたように、通説的見解は、刑罰の目的を、犯罪予防による法益保護に求めています。この考え方からは、犯罪予防にとって不

(5) 本庄武「量刑責任の刑罰限定機能について(1)」一研24巻1号(1999年)103頁、城下裕二『量刑理論の現代的課題〔増補版〕』(2009年)263頁等。

(6) 本庄武「刑罰論から見た量刑基準(3・完)」一橋法学1巻3号(2002年)750頁以下。

(7) 城下裕二『量刑基準の研究』(1995年)109頁以下。

必要な刑罰（非難）は、正当化されないはずで、分離論は、犯罪予防目的からみた必要性が明らかでない刑罰を、「正当な非難」として認めるものであり、支持し得ないように思います。

また、仮に予防原理を排除した責任刑というものが観念可能であったとしても、現実の量刑でそれが刑の「上限」として有効に機能するかは、疑わしいように思います。なぜなら、裁判官が、個別の事案で、そのような「上限」を明確に認識することは、困難だからです。

#### 4 責任刑の二元的構成

以上のように、責任刑と予防の関係については、両者を完全に同視することも、完全に分離することも、適切ではないと考えられます。責任刑は、予防原理と人権保障原理（責任原理）の両者によって構成されるものと解すべきです。それでは、責任刑を量定するうえで、二つの原理はどのように考慮されるべきでしょうか。

近時、日本では、犯罪論体系の段階的思考を量刑に応用する見解が主張されています。

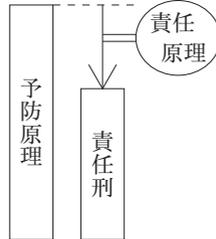
日本の刑法学は、「構成要件該当性——違法性——有責性（責任）」という三段階体系を採用しています。この体系によれば、（構成要件に該当する）違法行為に対する責任が認められることが、処罰の要件となります。これを量刑に応用すれば、違法（不法）の量とそれに対する責任の量によって、責任刑が導かれることとなります。

近時の有力な学説は、違法判断を、一般予防の必要性を反映する段階と解し、責任判断を、被告人の権利を保障するための段階と解します<sup>(8)</sup>。この立場からは、①まず違法段階で、一般予防に必要な刑を量定した後に、②責任段階で、被告人の非難可能性の減少に応じて、刑を軽減すべきこととなります。このような二段階プロセスを経た刑が、責任刑だという理解です。以下では、この見解を、「二段階考慮論」と呼びます。二段階考慮論は、予防原理に基づいて刑を量定した後に、責任原理に基づいて刑を「軽減」という方法によって、二つの対立する原理を調整しようという考え方です。

---

(8) 小池信太郎「量刑における消極的責任主義の再構成」慶應法学1号（2004年）312頁。

図 3 : 二段階考慮論のイメージ



特別予防を重視する論者からも、同様の主張がなされています。<sup>(9)</sup> 論者によれば、責任判断は、①特別予防の必要性に基づいて刑を量定する段階と、②非難可能性の減少に応じて刑を軽減する段階とに分けられます。先ほど挙げた見解とは体系的な構成が異なりますが、①予防原理に基づく刑の量定と、②責任原理に基づく刑の軽減という二段階のプロセスを通じて責任刑が導かれると考える点では、二段階考慮論の一種といえるでしょう。

これらの二段階考慮論は、予防原理に基づく判断と責任原理に基づく判断とを分離する点では、前述の分離論と似ています。分離論と二段階考慮論は、どちらも、責任原理に基づく判断に予防原理を混入させないことが、責任原理の処罰限定機能を強固にすると考えているのです。もっとも、分離論が、予防原理を「責任刑」から排除すべきことを主張するのに対し、二段階考慮論は、予防原理を「責任刑」の構成原理としたうえで、その内部で判断を分離すべきことを主張する、という違いがあります。

予防原理と責任原理の両者が責任刑を構成することを明らかにした点は、二段階考慮論の大きな功績です。もっとも、私は、二段階考慮論にも、なお問題があると考えています。

二段階考慮論においては、予防原理によって指導される判断と責任原理によって指導される判断とが分離されているため、予防原理に基づく刑の量定は、責任原理からの制約が無い状態で行われることとなります。例えば、被害の軽微な窃盗についても、同種犯罪が増加して一般予防の必要性が高いという理由から、長期の有期刑が選択される可能性もあるでしょう。<sup>(10)</sup> もちろん、特別に責任（非難可

(9) 高山佳奈子「量刑論の現代的課題」刑事法ジャーナル21号（2010年）5頁以下、同『故意と違法性の意識』（1999年）122頁以下、267頁以下、385頁以下。

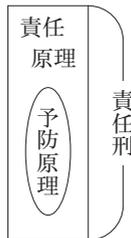
(10) もっとも、一般予防をベースとした二段階考慮論を採用する論者は、一般予防の必要性を示す事情として考慮できるのは、行為時に存在した事情に限定されると主張している（小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮（3・完）」慶應法学10号（2008年）73頁以下）。

能性)を減少させるような事情(例えば、被告人が極度の貧困状態にあったという事情)があれば、刑は軽減されるかも知れません。しかし、そのような特別な事情がなければ、長期の有期刑が、そのまま責任刑として、被告人に科されることとなります。これでは、被告人の権利を十分に保障することはできないのではないのでしょうか。

軽微な窃盗に対して長期の有期刑を科すことが不当なのは、特別な責任減少事由が存在するからではなく、軽微な窃盗に対する非難として、長期の有期刑がふさわしくないからです。責任原理は、被告人の行為に対する非難としてふさわしくない刑を排除するものでなければなりません。責任原理の機能を刑の「軽減」に限定してしまう二段階考慮論は、支持できないように思います。

私は、予防原理と人権保障原理(責任原理)とは、同じ責任段階で同時に考慮されるべきだと考えます。量刑における責任判断とは、「犯罪予防のために、被告人をどの程度の刑で『非難』することが適切か」を問うものです。予防原理が「非難」という判断様式の中に組み込まれることにより、裁判官は、自らの予防的考慮を「非難」として正当化する必要に迫られます。例えば、軽微な窃盗に対して、同種犯罪が増加して一般予防の必要性が高いという理由から、通常よりも重い刑を科そうとする場合、裁判官は、単にそれが一般予防上有効であることを示すだけでなく、一般予防目的のために被告人を通常よりも強く「非難」することの正当性を、説得的に示さなければなりません。非難が立場の交換可能性を前提とするものであるならば、裁判官は、<sup>(11)</sup>「もし私が被告人の立場に置かれた場合に、果たしてそのような強い『非難』を納得して受け容れることができるだろうか?」ということ自問すべきこととなります。そのような正当化の負担を裁判官に課すことにより、安易な予防的考慮を抑制することが、量刑における責任原理の要請だと、私は考えます。

図4：私見のイメージ



(11) 高山・前掲注(9)『故意と違法性の意識』270頁以下参照。

## 5 まとめ

量刑における責任と予防の関係をめぐる問題は、被告人の権利を保障するために、予防原理をどのように制約すべきか、という問題だといえます。この観点から、これまで検討してきた見解を整理して、報告を終えたいと思います。

同視論は、予防原理自体に内在する制約によって、被告人の権利は保障されるという立場です。

分離論は、予防原理を排除した責任刑を「上限」とすることによって、被告人の権利を保障しようとする立場です。

二段階考慮論は、予防原理に基づく刑の量定の後に、責任原理に基づく刑の「軽減」の機会を設けることで、被告人の権利を保障しようとする立場です。

私は、これらの見解には問題があると考えました。そして、予防原理を非難という「判断様式」に押し込め、予防のための処罰を非難として正当化すべき負担を裁判官に課すことにより、安易な予防的考慮を抑制すべきだとの考えに至りました。それが量刑における責任原理の要請であり、被告人の権利を保障する最も現実的な方法だと考えています。