

## 刑事責任の基調

不破, 武夫  
九州帝国大学教授

<https://doi.org/10.15017/1198>

---

出版情報 : 法政研究. 13 (2), pp.1-14, 1943-10-30. 九州帝国大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

## 刑事責任の基調

不破武夫

犯罪は、強き道義的非難に價する重大なる社會秩序違反の行爲たる點に、其の本質がある。茲に道義と稱するのは、社會生活に於いて人の踏み行ふべき道理であり、就中、國民の信念の中に脈々として生きてゐる生活條理をいふ。元來、犯罪を以て社會現象として把握することは、今日一般に當然のこととして考へられてゐるのであるが、茲にいふ社會は、自然科学的に説明せられる機械論的な社會ではなく、歴史と傳統によつて性格づけられた國家的基盤に立つ、生きた社會でなければならぬ。犯罪は、斯くの如き社會秩序に對する重大なる侵害として、道義的に堪ふべからざるものたること、を以て其の本質とする。

従つて、犯罪概念を構成する契機たる、構成要件・違法・責任といふ三種の概念要素も亦、犯罪の本質を上記の如くに理解することによつて、緊密なる内的聯關を以て結合せしめられることを要する。即ち、構成要件は、可罰的違法行爲の類型的内實を最も明確に顯示しつつ、併せて罪刑法定主義の要請に應じ個人の自由と權利とを保護する機能を全ふせんがために存する意味形象である。其の構成要件に該當する行爲は、一般的に謂へば、行爲

そのものとして考察するとき違法行為として現はれ、更らに其の行為を行爲者に聯關せしめて評價する場合に、其の行為につき行爲者に對し強き道義的非難を加へ得るといふ意味に於いて、責任といふことが考へられることになるのである。

本稿は 犯罪の本質を以上の如く把握する立場から、<sup>(一)</sup> 刑事責任に關する稍基本的なる問題について、若干の考察を試みんとするものに外ならない。

(一) 犯罪の本質をかやうに規定するまでには、なほ述べべき可なり多くのことがあるのであるが、本稿に於ける考察の出発点を一應此處に置くことを許され度い。参照文献としては、特に、小野教授、構成要件概念の訴訟法的意義(牧野教授還曆祝賀刑事論集所載)、安平判事、犯罪本質理論の新構成(法學新報五十周年記念論文集第一部所載)。

二

斯くの如く、刑事責任を以て、其の行為につき行爲者に對して加へられる道義的非難、とする考へ方は、先づ何よりも、所謂社會的責任論と全く相容れぬ立場にある。社會的責任論は、周知の如く、吾が國に於いて甚だ有力なる學說である。然し、其の説かれるところは、諸學者必ずしも同じではないやうに思はれるのであるが、今、其の代表的な主張として、牧野博士に従へば、『社會的見地ヨリスルトキハ、社會ハ自己ニ對スル侵害行為ニ對シテ常ニ自己ヲ防衛スルノ必要アリ。而シテ、其ノ防衛方法トシテ刑罰ノ手段ニ依ルコトヲ妥當トスル場合ニ於テ、其ノ侵害者ノ社會ニ對スル地位ヲ刑事責任ト爲スモノト解セサルヘカラス。』『現代ノ思想トシテ、所謂責任無能

力者ニ對スル社會的反應ノ方法ハ、之ヲ所謂責任能力者ニ對スルモノト區別シテ考へ、前者ハ單ニ保安處分トシテ理解セラルルニ對シ、後者ハ之ヲ特ニ刑罰ト爲スカ故ニ、畢竟、社會カ、防衛方法トシテ、其ノ稱シテ刑罰ト爲ス手段ニ依ルコトヲ妥當トスル場合ニ於テ、其ノ侵害者ノ社會ニ對スル地位カ刑事責任タルニ外ナラサルナリ。』<sup>(二)</sup>と論ぜられる。即ち、此處に主張せられるところによれば、刑罰は保安處分と並んで社會防衛の一手段に外ならない。而して、刑事責任とは刑罰といふ手段によつて社會防衛を受くべき地位であり、刑罰の對象となるに適當なる心理狀態を指稱することとなる。刑事責任の本質を斯くの如く理解することによつて、現行法上行爲者の責任を肯定すべき責任能力及び責任條件（故意・過失）といふ概念要素も亦おのづから一貫した解釋に到達して、責任能力とは、刑罰といふ方法によつて社會防衛の目的を達し得べき能力、謂ひ換へれば其れは刑罰適應性であり、<sup>(三)</sup>責任條件とは、之を契機として行爲者の反社會性を檢定すべき徴表に外ならぬこととなる。<sup>(三)</sup>

然し、私の信ずるところによれば、刑罰は犯罪争鬭と社會防衛の手段たり得るも、更らに其れを超越る存在であつて、保安處分とは全く其の性質を異にする。國家が刑罰法規を制定する最も重要な目的は、之によつて、犯罪として定むる行爲の決定的な禁止を意味し、犯罪行爲のあつた場合に刑罰を科する所以は、其の行爲につき行爲者に對し、最も嚴肅なる非難を加ふるものに外ならない。而して、其の科せられる刑罰が重ければ重い程其の行爲の禁止が嚴重であり、違反行爲に對する國家の非難が重大であることを、國民に理解せしむる作用をもつ。固より一般人が犯罪を敢てしないのは、刑罰法規が存するためであるよりは、道德・慣習・宗教其の他の諸規範を

遵守するがためであると謂へるであらう。然し國家が刑罰規定を定めて之等諸規範をとつて以て自己の内容とし實力によつて之を貫徹する態度を示すことによつて、其の規範内容を強制的に遵守せしむる効果の顯著なることは、到底之を否定することを得ない。

斯くの如き、刑罰法規制定の作用と、其の正當なる適用と、妥當なる執行とは、互に相倚り相俟つて、よく國家的道義の根幹を確立し、且つ其の維持・形成に資することを得るのであつて、まさに此の點に於いて、最も基本的な而して最も本質的な刑罰制度の存在理由があるものと信ずる。<sup>(四)</sup>

(一) 牧野博士、重訂日本刑法、上卷、第一三九頁、一四〇頁。

(二) 牧野博士、前掲書、第一五五頁。

(三) 牧野博士、前掲書、第一八二頁、第一八三頁。

(四) 斯くの如く考へることは、固より幾多存する刑罰の他の目的を否定するものではない。然し他の目的(例へば自由刑の執行に於いて最も重要な教育改善の目的の如きを考へよ。)も、此の根本目的を逸脱せざる範圍内に於いて存する。此の問題は、一般的な刑罰の本質と目的を考察するに當つて、別に論ずることにしたいと考へてゐる。

### 三

刑事責任を以つて、上來述ぶる如く、行爲につき行爲者に對して加へられる強き道義的非難と解する場合、然らば何故に斯くの如き非難を行爲者に加へることが出来るか、といふことが問題とならざるを得ないであらう。

惟ふに、吾々人間の行爲は、意思と行動との総合的な統一である。而して、人の意思も行爲も因果律と充足理

由の外に立つものではない。因果律が、汎く承認せられる如く、思惟の範疇であり、吾々の悟性の従はざるべからざる観察と思考の形式であるならば、人間の行爲に關してのみ無原因性を認めることは、吾々の悟性活動の統一性を抛棄することに外ならない。即ち、人の意思は、先天的並びに後天的な所與の極めて複雑な組合せによつてきまつて來るもの、と考へざるを得ないのであつて、其の行爲者に對し、決定的な瞬間に於いてなほ他の行爲を期待し得べしとなすことは、私の解するところによれば、其れは全く他の人格を期待することに外ならぬのである。

人間の行爲が、斯くの如く必然的なるものに規定せられるに拘らず、而も吾々が行爲につき行爲者を非難し得る所以は、實に、行爲者が倫理的實踐の主體であり、生きた自由なる人格たるが故に外ならない。吾々は、必然的なるものに規定せられながら、なほ自律的に行爲し、生活を自覺的に形成し、其れによつて環境を決定し、同時に自己の人格を規整しつつ涵養しつつ、みづからの運命を開拓して行くのである。人間は實に一切の歴史的なるもの及び環境的なるものに決定せられつつ、而も歴史を作り環境を作つて行く精神として存在する。

同じ極度に貧窮な境遇に逐ひつめられた場合にも、之に對處する人の態度は決して一樣ではないのであつて、此處に問題を解決すべき契機が存する。人がまさに其の置かれたる地位にあつて如何に行爲するかは、専ら、平常から其の人が如何に考へ且つ行爲に當つて如何なる心構へにあつたか、といふ點に關係するのであつて、一言にしてこれをつくせば、懸つて全體としての其の人格に依存するもの、といふことが出来るのである。吾々は行

爲者人格と行爲との間の斯くの如き密接不離なる聯關を考ふるからこそ、善行を賞讃し、悪行を叱斥し、絶えずみづから修養し、人を教育する意味を見出すのである。

犯罪が行はれた場合、吾々が其の行爲につき行爲者を咎むることを得る所以は、彼がまさに其の行爲を爲した  
が故に外ならない。即ち、『其の行爲は其の人にとつて偶然ではない。』『其の行爲は其の人格の必然的なほとばしりである。』と考へられるからなのである。即ち、吾々の行爲は、唯行爲としては、だかのままにほり出されたものではない。其の行爲者の人格と深く結びつき、其の人格の顯現たる點に於いて、はじめて刑法的評價の對象となる意味をもつこととなる。如何に重大なる法益侵害が行なはれた場合でも、其れが行爲者人格との聯關を全く考へ得ない場合には、非難すべき何物もなく、行爲者には咎めらるべき責任はない。責任無能力者の行爲や故意も過失もなき行爲が、如何に重大なる結果を生じても處罰せらるることなき所以は、根本的には、斯くの如き點より之を理解せらるべきであると信ずる。

#### 四

以上述べるところを多少整理して、犯罪行爲と行爲者人格と刑事責任との關係を、更らに明白にすることを試み度い。先づ

第一に、刑事責任は、犯された行爲につき行爲者を道義的に非難することを以て、其の内容とする。刑法が直接評價判断の對象とするのは、あくまでも犯罪行爲そのものである。之は謂ふまでもなく、罪刑法定主義の根本

的な要請に基づくのであつて、犯罪行爲を直接の對象とせざるところに刑法はない。犯罪行爲は、既に述ぶる如く、行爲者の人格により密接にうらうちせられたものでなければならぬのであるが、其れはあくまでもうらうちであつて、いはば間接的な事柄と謂つてよい。刑罰の質と量とを決定する第一の基準となるものは、あくまでも犯された行爲の大小であつて、行爲の動機や隨伴的事情に格段の差異なき限り、侵害した法益の大小と其の程度によつて責任の大小が決定せられなければならぬ。然しながら、其の行爲は、第二に、上來述ぶるが如く、行爲者の人格に相當したものでなければならぬ。即ち、行爲と行爲者人格との密接なる聯關が、ここに要求せられる。そして、行爲者の人格と行爲との聯關が考へにくければ考へにくい程、行爲に關する行爲者の責任は後退して、行爲が行爲者にとつて全然偶然なものであり、其の行爲を行爲者の人格と結びつけて考へることの出來ぬ場合には、其の行爲につき行爲者に對し何等の非難をも加へることが、出來ないことになる。是非の辨別をするに能はざる状態、若くは其の辨別するところに従つて行爲すること能はざる状態に於いて爲された法益侵害が罪とならぬ所以、故意も過失もなくして重大なる結果を發生せしめても刑事上の責任なき所以は、通常、行爲者人格と其の行爲との間に何の聯關をも考へることが出來ないからである。同種の行爲であつても、慣習的な犯罪は重く罰せられ、偶發的な犯罪は軽く取扱はれて何人もあやしまざる所以は、ひとり其の危険性を顧慮するためではなく、實に行爲と行爲者人格との聯關性の程度如何が問題となり、同一程度の侵害に對しても其の評價するところを異にするが故に外ならない。



第三、然し更らに考へてみると、或る種の知能低格者・早熟なる刑事未成年者・或る種の精神病者等については、屢々其の行爲者と行爲との結びつきは容易に理解し得る。然し斯くの如き行爲者に對して刑事責任を認むることは、何としても妥當でない<sup>と考へられる</sup>。此の種の場合には如何に理解せらるべきであるか。これは、其の行爲者の人格が其の行爲について道義的責任を認め非難を加ふるに價しない、と考へられる場合に外ならない。端的に謂へば、此の種の行爲者は、刑法上一人前の人間として取扱ふ價値なきものなのである。かやうに考へれば、責任無能力者はすべて斯くの如き者としても登場する譯なのであるが、何れにしても、刑事責任を問題とするためには缺くべからざる要請として、行爲者の人格は、社會的に一人前の人格として通用し、刑法上責任を問はれるに價するものでなければならぬ、といふことになるのである。

そこで、以上述ぶるところを要約すれば、刑法上の責任判断の直接の對象となるものは、あくまでも犯された各個の行爲である。然し、其の行爲は、一人前の社會人として取扱ふ値打のある人格を背景とした、其の人格との聯關に於いて考へられる行爲たることを要する、といふことになるのである。

## 五

刑事責任の基調を以上の如く理解することにより、現行法に於ける責任條件たる故意と過失に共通する要素も、比較的簡單に之を見出すことが出來ると考へる。

由來、故意と過失の共通要素を何に求むるかは、殊に獨逸に於いて困難なる問題として論議せられてゐたので

あつて、遂には過失の一部たる『認識なき過失』を以て、責任なくして刑罰の科せられる特殊なる場合と解する、有力なる學說すら生ずるに至つた。社會的責任論の立場からは、専ら行爲者の危険性を徴表する所以として、故意・過失に一貫する説明が試みられてゐること、既に述べた如くである。

所謂規範的責任論の立場からは、行爲支配又は期待可能性の思想を以て此の問題を解決せんとするのであつてこれは吾が國に於いても甚だ有力なる學說であるが、私は其の考へ方に對し少なからざる疑惑を持つ。

期待可能性の思想は、或は責任の第三要素として、或は故意・過失の内容として論ぜられ、説かれるところ必ずしも同一ではないが、其の核心となる考へ方は、『行爲者に對し、其の違法行爲以外の他の行爲、即ち適法行爲を期待することが無理であるといふ事情がある場合に、なほ非難を加へることは不都合である。従つて斯くの如き事情の存するときは責任非難を加へる餘地がない。』となし、此の點に於いて故意・過失を統一して把握し得ると解するのである。

期待可能性の思想は、刑事立法・刑の量定・執行猶豫・起訴猶豫等の取扱に關して、重要な役割を演ずるものであること、疑を容れない。又、過失犯については一般的に妥當すると考へてよいであらう。然し、故意犯の成立に關し例外なく常に之を問題とする餘地があるかどうかは、餘程疑はしい。刑法は、既に述べた如く、本來重大なる違法行爲に對し刑罰を規定し、依て國家的道義を確立し社會秩序を維持することを以て、最も重大なる使命としてゐる。而して、刑法の最も關心事とするところは、いふまでもなく國家の存立と發展に外ならぬ。

其れ故に、歴史的にみても現行法秩序についてみるも、例外なく、國家組織の基礎を危うくし、現在の社會秩序の根幹を顛覆せんとする行爲に對しては、用捨なく峻嚴な態度をもつて臨んでゐる。内亂罪や外患罪等が嚴罰に處せられるのは、刑法本來の性格に基づく當然のことと謂はなければならぬ。此の種の犯罪については、少なくとも、責任阻却原因として期待可能性の有無を問題とする餘地は全くないのであつて、斯く解せざる限り刑法自身の自殺となる。

ひとり此の種の重大なる犯罪ばかりとは限らない。刑法は或る種の犯罪については、期待可能性といふことが全く問題となる餘地なきことを、端的に示してゐる。其の顯著なる場合として、單純逃走罪（刑法第九十七條）を挙げよう。本罪の成立についても期待可能性の問題が吟味せられなければならぬとするならば、此の犯罪によつて有罪となる場合は殆んどなくなつてしまひはせぬか。而も刑法がなほ此の種の行爲についてもひろく刑罰を以てのぞむ所以は、斯く取扱ふことに依つてのみよく秩序維持の使命を果し得る、となすが故に外ならない。

かやうに検討して來ると、期待可能性なきことを以て、一般的に故意犯の成立を阻却する所以と解することは、餘程躊躇すべきものがあるのであつて、私は、期待可能性なきことを以て、其れは、唯、實定法の認容する範圍内に於いてのみ責任阻却又は責任減輕原因となるもの、と考へてゐる。

(一) Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25 A. fl. (1927) S. 213. Anm. 8. 參照。

(二) Baumgarten: Der Aufbau der Verbrechenlehre (1913) S. 116. Kohlrausch: im "Aschrott-Liszt, Die Reform des

- (三) 殊に瀧川幸辰氏、犯罪論序説、一四二頁以下参照
- (四) 過失は注意義務の懈怠をもつて骨子とする。注意義務の懈怠ありや否やの判断は、本人が注意義務を遵守し得べかりしことを要件とする。而して此の注意義務の遵守可能は、當然に倫理的意味の可能を含む筈であるから、期待可能性のなかつたことは過失犯を成立せしめないこととなる。周知の如く、獨逸の大審院は有名な「暴れ馬事件」以來屢々過失事件につき期待可能性なきことを理由として無罪を言渡してゐる。尙、拙稿、「刑法上の過失について」、「宮本英脩先生還曆祝賀論文集(未刊)所載」には、稍詳細に此の點を論じてゐる。

## 六

然らば、故意・過失に共通する責任要素は、如何なる點に求めたらよいか。私ば、之を端的に行爲者の人格の中に、把握し得るものと信ずる。即ち、其れは、利己心に満ち、他人や社會生活の平穩に氣をかけることなく、法秩序を尊重しない意識・無意識の心構へ(bewusstes und unbewusstes Eingestelltsein)そのものうちに存すると考へる。尙、多少の説明を必要とするであらう。

先づ、典型的なる故意は、具體的事實を認識し且つ其の違法性を意識しつつ構成要件に該當する事實を實現する意思、として規定せられる。此の種の意味作用は、自から選擇した原理に従ふ高度の知的作用と感情作用とに基づくものなるが故に、其れは最もよく行爲者の個性を發揮したものと謂はねばならぬ。斯くの如き悪いことを悪いと知りながら敢てする場合には、其の行爲者の心情は甚だしく法秩序を蔑視したものであつて、強き道義的非難に價することは、論なきところであらう。

る豫定だったが、健康を害して其の責を果すことが出来なかつた。別な機会を期することにした。

(一) Exner: Das Wesen der Fahrlässigkeit (1910) その他若干の讀書と思索によつて、かねがね考へ、時折筆にもしてゐたところを、先頃、高橋穰教授が「倫理學」(岩波講座倫理學、第十四冊、三九頁以下)に「有機性の原理」として詳細に説明せられるのに接し、特に學ぶところが多かつた。

(三) 尙、詳細は拙稿前掲「刑法上の過失について」参照。

(昭和十八年三月稿)