

意思の自由と刑事法学（続）

—問題点の指摘とその解決の試み—

- 一、序
- 二、「意思」の自由
- 三、意思の「自由」
- 四、「自由」の転換概念（以上前号）
- 五、決定論
- 六、自由と必然の統合
- 七、私案の試み
- 八、責任及び刑罰との関係
- 九、結 び

松
村
格

意思の自由と刑事法学（松村）

五 決定論

決定論とは何を以て謂うのであろうか。今日、宿命論(Fatalismus)は、決定論と區別され克服された⁽¹⁾。因果的・機械的決定論は、二つの契機を含むと言われる。一つは、因果法則の無条件的な効力であり、二つは、あらゆる経過が一義的に拘束されていることである⁽²⁾。それ故に、かかる決定論を以てしては、生物学的、社会的、心理学的事象を説明し尽せないし⁽³⁾、更に、生起する全てのものがごとく先行する事象の成果ならば、ヘルマン・レーダーの言う如く、「人間は、……ねじを巻かれた自動装置に過ぎず……刑法もまた葬り去らねばならない」であらう⁽⁴⁾。従って、これもまた宿命論と軌を一にすることとなる。

人間の行動は、一義的に機械的因果的に決定されているのではなく、自然法則に対して自由な精神によって操縦され制御されているのである⁽⁵⁾。この一義的被決定性による答責性の説明困難性を救うために、ケルゼンは、「人間は報償や苦行や刑罰を人間の態度に帰属させるから自由なのであって、……人間の態度が因果法則によって決定されていないからではない」、「人はその態度が帰属の最終点だから自由なのだ」と言う⁽⁶⁾。然し、レーダーは、これを答責性と帰属可能性の同質化であって誤りだと言ひ、エンギッシュもまた「深い問題性を回避している」と批判している⁽⁸⁾。

ニコライ・ハルトマンによれば、因果的決定論同様に目的決定論も瓦解する。彼は、より低次の存在層により高次の存在層が依存することに意思の自由を認め「範疇的自由論」を唱導するが、それによれば、因果的決定論は、より高度な層の中に何らの固有の限定形式も許容することがないから、「新生の法則」(das Gesetz des Novums)に違反

することとなる。一方、目的決定論は、最高度の層が人間も自然も含む全ての存在物に共通であることから、意思による高度な規定という自律は不可能となり、「再生の法則」(das Gesetz der Wiederkehr)に反するのである。⁽⁹⁾こうして、ハルトマンは、両理論を論駁するのである。

ウィリアム・ジェイムズをして「ソフトな決定論」と呼ばしめたものは、行動の自由のみを認めて選択の自由を否定し、他方、人間の意思的行為にも法則性を認める。⁽¹¹⁾因果関係は、ある事象から他のある事象への変化の法則性であり、法則による予測可能性だと言う。⁽¹²⁾

然し、行動の自由さえあれば、それ以外が決定されていても責任を問い得るのだろうか。⁽¹³⁾平野は言う。予防刑という刑罰の実践的要請から「非難や刑罰は……将来にむかって加えられるのであり、過去にむかって加えられるものではない」から、他行為の可能性という仮言的命題に頼る必要はないのだと。⁽¹⁴⁾だが果して、責任非難まで将来に向って加えられるものであろうか。疑問である。もし是とせんや、伝来の *Schuld* の概念を放棄し、その本質たる「非難」に代えて、例えば「説諭」等を以て臨むべきである。そうすることによって初めて将来への条件づけが可能となるのではなからうか。⁽¹⁵⁾非難はむしろ人間をして将来かたくなにさせることの方が多し。ならばこそ、予防刑は応報刑ではなくて教育刑たるを理想とするのである。中山も「責任は何よりも過去の行為に対する追及であり、それが道義的説得性をもちうる場合にはじめて、将来へ向けての予防目的が達成され得る」と言明している。⁽¹⁶⁾そもそも、刑罰の実践的要請から帰納的に形而上学的な問題を含む意思の自由を否定することが許されるだろうか。意思の自由の問題解決も、刑罰の実践的要請も、つまるところは存在論的な究明から出てくるのではなからうか。

歴史的決定論としての科学的決定論は故木村の主張するところであった。これは、個別的・一回限りの因果性を是認し、新生の法則を認め、人間の意思も歴史的に決定されながらも創造的にも作用し、因果的に決定されながらも合規範的に決定する可能性を有するものだとする⁽¹⁷⁾。然し、そもそも法則性なるものが個別的に細分化され、一回限りの妥当性を有するに止ることが許されるだろうか。確かに法則は新生することもあるが、新生のくり返しでは、もはやそれは法則とは言えまい。されば、木村の意図に反して、犯罪人が刑罰によって改善へと決定される余地は無くならないであろう。それが故に、個別的因果性を説く限りそれは人格責任論に近いと言われ⁽¹⁸⁾、それを回避する為には歴史的因果関係は形容矛盾であって法則的因果関係に還元するとの批判⁽¹⁹⁾を甘んじて受けねばならないであろう。

弁証法的決定論は、就中、エンゲルスの次の言葉に集約されている。曰く、「自由は、夢想のうちで自然法則から独立する点にあるのではなく、これらの法則を認識すること、そしてそれによって、これらの法則を特定の目的のために計画的に作用させる可能性を得ることにある。」だから「自由とは、自然必然性の認識にもとづいて、われ自身ならびに外的自然を支配することである。したがって、自由は、必然的に歴史的発展の産物である」と。従って、人間社会の過程は、人間の意識と意思から独立した合法則過程である点で自然過程と同じであるが、そのことは人間の自由や能動性を否定するものではなくて、客観的合法則過程の故に統制の可能性と人間の能動性主体性を得ることになる⁽²¹⁾。

然し、それでも、客観的事実の知識を基にして決定する能力そのものの自由の可能性はどこに宿るのだろうか。梅本は言う。「歴史的世界における行為的主体としての自由」つまり「個の自発的決意性」が前提にあるのだと⁽²²⁾。大塚

によれば、マックス・ヴェーバーも同旨の方向にあると言う。⁽²³⁾ 中山も、決心選択の可能性を認め、これを刑事責任の形式的根拠として、事態の認識を以て得られる実質的自由（犯罪を犯さないこと）への現実的可能性を刑事責任の実質的根拠とする。⁽²⁴⁾ 彼によれば、意思自由こそ責任非難の積極的根拠であり、これは行為選択の相対的自由の中に存し、法律的責任は道義的内容をはなれてはありえない。⁽²⁵⁾

これに対しては、弁証法的決定論は行為の自由か責任能力の理論であり、中山説に至ってはそれはもはや期待可能性論だとの批判がある。⁽²⁶⁾ 中山によれば、事態を認識した者即ち歴史的必然を認識した実質的自由人はもはや犯罪を行うことはないのだろうか。「社会主義国家にとって危険な犯罪を犯すことはない」と言うが、愛情のもつれによる殺人のように社会主義的イデオロギーと直接には関係のない自然犯はどうなのだろうか。一歩進んで、社会主義体制が歴史的必然発展過程の終着点ではないかもしれないのであるから、社会主義的法意識を持った者は本来の自由人ではないかもしれないであろう。⁽²⁸⁾ それとも、今はとにかく自由人だが、犯罪を行った瞬時に不自由人になってしまうのだろうか。成程、中山は「彼等が犯罪を犯すとき……意識のおくれた勤労者に転落していることを意味する」と言う。⁽²⁹⁾ つまり、犯罪人は不自由人であり、自由人が犯罪を行うと不自由人に転落するというのである。然し、これは、社会主義法とそれを支える道徳とを絶対化して初めて言うことであり、犯罪人Ⅱ不自由人、非犯罪人Ⅱ自由人、というドグマが先行している。この点の欠点を回避する為に、中山は、現実的可能性こそが自由であると言うが、⁽³⁰⁾ こうなると、自由への可能性が自由であるというタウトロギーに陥いつてしまふであろう。⁽³¹⁾

更に、既述の如く、可能性は自由と同一であるとは言えないから、この点でも中山は誤りを犯している。その上、

意思の自由の問題から選択の自由を排除すればまだしも、彼は選択の相対的自由を以て意思の自由としている。これも亦疑問の残るところである。結局、「必然性の認識」を以て自由と解する考え方は、自由の実在性を証明することにはならず、自由の認識にとどまってしまうであろう。それならばむしろ、サイバネティクス理論へ移行すべきではなからうか。

かくして見れば、「法則性」を認めることを以て決定論とみること、かなり核心をついている。しかも、自然においては完全に同一の条件は再び生起することはないから、そのことを以て「自然の斉一性」の原理が崩れるとみるのもおかしいし、法則性が瓦解するわけでもない。そしてこのことは因果法則に限られたことではなからう。斉一性といったところで、元来同様の条件下における同様の現象を云々するのであるから、蓋然的なものに過ぎない。⁽³²⁾

法則性は予測可能性を基礎づける。一方、偶然的なものは予測不可能である。蓋然的なものは予測困難である。ならば、偶然性と蓋然性は法則性を否定するだろうか。「不確定性原理」は、確かに電子の速度と位置の蓋然的確認しかもたらさないが、それでも因果法則が否定されるわけではなからう。⁽³³⁾蓋然的だからといって完全な自由を肯定することにもならない。⁽³⁴⁾逆にまた、法則性を認めることは、意思決定の自由の契機を否定するわけでもない。⁽³⁵⁾予測可能性は、決定性の一確認ではあっても決定性の標識ではないし、⁽³⁶⁾強制されていることとも異なるから、⁽³⁷⁾責任非難と結びつくことは十分可能である。しかも、偶然的事象にせよ、確率が少ないだけであって、合法的に生起しているときさえ言えるのである。そうなると、決定性は、単なる非決定性の反対であって、偶然性をも排斥しなくなる。⁽³⁸⁾それでも、法則性を標準にした意思操縦の自由は否定できまい。⁽³⁹⁾このことを、因果関係を超越するものとみる（相対的非決定論、相

対的意思自由論)か否か(ソフトな決定論)は、もはや見方の問題である。

平野によれば、因果法則を超えることを認める立場が相対的非決定論であり、それは「宿命論と絶対的非決定論との機械的結合にすぎない」⁽⁴⁰⁾から、「刑罰という非難によってこれに影響を及ぼすことはできない」⁽⁴¹⁾。ところがソフトな決定論は、自己の規範意識に従って行動することに自由を認め、規範意識が環境その他の刺激によって自己決定に至るところに自由意思を認める⁽⁴²⁾。従って、ソフトな決定論からすれば、「自由意思の原因を科学的に探求することは可能」⁽⁴³⁾であり、人間の意思に法則のあることは「検証可能な事実認識の問題」⁽⁴⁴⁾である。

他方、団藤によれば、「自由だとも決定されているとも、どちらも証明されていないものが残こされている」ものの、人間は実践的・主体的なものであり、⁽⁴⁵⁾法則を超えてコントロールする主体的なものの中に自由を認めることができるのである⁽⁴⁶⁾。

右いづれの立場も、然しながら、無原因・無差別な自由を否定し、法則性を認める点で変りはない。しかも、団藤が「法則的なものを超える」と言っても、人間が法則を創造することまで認めるわけでもなからう。その上、コントロールされるのは法則ではなくて意欲であるということ(この点で団藤は誤りを犯している)考えるならば、つまりところ、両者共に、法則性を標準とした意思のコントロール、換言すれば、サイバネティクスの制御系を認めていることになるのではなからうか。そして、まさしく、その点に自由の契機を認めていると思うのである。両者の考えにどれ程の差異があるというのだろうか。

(1) 木村亀二「刑法総論」(法律学全集第四〇巻)有斐閣(昭和三四年版)六一〜六二頁参照。

- (2) Hermann Roeder, *Juristische Blätter*. S. 229. 及び、コージック編・藤野訳・「マルクス主義哲学」上巻 大月書店 三六〇頁参照。
- (3) コージック編・藤野訳・前掲書三五八頁。
- (4) H. Roeder, a. a. O. S. 230.
- (5) Vgl. H. Roeder, a. a. O. S. 232., M. Cranston, *Freedom. A new Analysis*. p. 92.
- (6) H. Kelsen, *Causality and Imputation*. p. 324.
- (7) H. Roeder, a. a. O. S. 232.
- (8) K. Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit*. 2 Aufl. (1965). S. 38.
- (9) Nicolai Hartmann, *Determination und Freiheit*. in: *Neue Wege der Ontologie*. S. 101, 103.
- (10) William James, *The Will to Believe*. (1897) p. 149. Vgl. Paul Edwards, *Hard and Soft Determinism*. in: *Determinism and Freedom*. edited by Sidney Hook. (1958) p. 104.
- (11) 平野竜一「意思の自由と刑事責任」（尾高追悼論文）一三七頁、二四五頁参照。
- (12) 平野・前掲書二四三頁参照。
- (13) 魚津「行為と自由」（哲学会編「自由と行為」一九七三年 有斐閣 所収）九〇頁参照。
- (14) 平野・前掲書二五二頁。
- (15) 福田平 ジュリスト三一三号六三頁註（二一）も、平野の謂う責任は、「本来的意味における非難としての責任とはいえない」と言う。私もまたそう思う。「非難」という言葉のもつ意味は、飽くまで過去の悪い行為をとがめることである。平野は、「刑事責任について」（「刑法の基礎」東京大学出版会・一九六六年 所収 七五頁）において、非難は将来の行動に「条件づけ」を行なうのであり、非難という「刺激」を与えるのだと言う。然し、その条件づけは必ずしも改善への条件づけに限られないどころか、非難は非改善への条件づけの方が多い。

- (16) 中山研一「刑事責任と意思の自由」〔現代刑法学の課題〕日本評論社 所収) 三二八頁。
- (17) 木村・前掲書・六一頁、六四頁。
- (18) 団藤重光「刑法における自由意思の問題」〔尾高追悼論文〕二二七頁。
- (19) 平野「意思の自由と刑事責任」〔尾高論文〕二四五頁。
- (20) エンゲルス著・村田訳・「反デュリング論」国民文庫 大月書店 一七五頁、一七六頁。
- (21) 見田石介「経済学におけるイデオロギー」〔見田石介全集第六卷〕一三三頁、一三六頁、及び「科学論」〔全集第二卷〕一三九頁参照。見田によれば、選択の自由は真の自由の一つの条件ではあるが、抽象的・形式的な自由にすぎない。
- (22) 梅本克己「唯物論と主体性」現代思潮社 一四頁。
- (23) 大塚久雄「社会科学の方法」岩波新書 四七頁。なお反論として、見田・全集第六卷一三二頁参照。
- (24) 中山・「ソビエト刑法」九九頁。
- (25) 中山・「刑事責任と意思の自由」〔現代刑法学の課題〕二二三頁、二〇七頁、二三三〜二三四頁。
- (26) 井上・前掲論文四〜五頁、九〜一〇頁参照。
- (27) 中山・「ソビエト刑法」九九頁。
- (28) 沢登佳人「自由意思の哲学的基礎」一九九頁参照。
- (29) 中山・前掲書・九六頁。
- (30) 中山・前掲書・九九頁。ここで中山自身、「自由とは、実質的にはこのような自由への可能性」であると言明している。
- (31) 沢登・前掲論文・一九九頁参照。
- (32) 平野・前掲書二四三頁参照。なお、高橋敬視「意志の自由と人間の責任」大東出版社(昭和二一年)一九〜二〇頁参照。
- (33) Vgl. Max Planck, Determinismus oder Indeterminismus, in: Vorträge und Erinnerungen (1975) S. 344, 345. プランクによれば、不確定性原理はむしろ非決定論と結合した古典力学を放棄して決定論の可能性を強めるものである。なお、

彼は、客観的・科学的立場からすれば人間の意志は決定されているといふ。(S. 338.) Vgl. (Vom Wesen der Willensfreiheit.) S. 303~304, und (Die Physik in Kampf um die Weltanschauung.) S. 297.

- (34) 平野・「刑事責任について」(前掲書) 六六頁参照。
- (35) 団藤・前掲書・二二〇〜二二二頁参照。
- (36) コージング編・藤野訳・前掲書三六五頁、三八四頁参照。
- (37) M. Cranston, op. cit. p. 92. クランストンによれば、「意思の自由」の問題は、自由対予測可能性の問題ではない (op. cit. p. 94)
- (38) コージング編・藤野訳・前掲書・三七二頁、三七四頁参照。
- (39) 平野自身、「コントロールとは、対象を一定の規準に従わせようという目的的な活動である」ことを認めている。(前掲書・七一頁)
- (40) 平野・前掲書・六五頁。
- (41) 平野・前掲書・七一頁。
- (42) 平野・前掲書・六四〜六五頁。
- (43) 平野・前掲書・六五頁。
- (44) 平野・前掲書・七二頁。
- (45) 団藤・前掲書・二二四頁。
- (46) 団藤・前掲書・二二〇〜二二二頁、二二七〜二二八頁。

六 自由と必然の統合

元来、非決定論というのは何ものにも制約されていないことを謂うとしても、他方無差別な自由を容認することはで

きないから、そうになると、非決定論と自由とは必ずしも同義的に把えることはできなくなる。さもなくば、自由を二元的に把えざるを得ないが、それは許されないであろう。⁽¹⁾ 決定論に対立するのは非決定論ではあっても自由論ではないこととなる。⁽²⁾ 即ち、自由と決定論は対立するものではなくなる。しかも、決定論とて一義的に無条件に制約されていることを意味しないとすると、自由と必然、自由と法則性の相容れる余地は十分にある。

これに対して、平野は、「もともと非決定論というものは『すべてのことが決定されていない』というのではなく、『決定されていない部分がある』というのにすぎない」のだから、「相対的非決定論は、まさに非決定論に外ならぬ」と言う。⁽³⁾ ならば、逆と同じことが言えるのではあるまいか。即ち、「もともと決定論というものは『すべてのことが決定されている』というのではなく、『決定されている部分がある』というのにすぎない」のだから「相対的決定論は、まさに決定論に外ならない」のだと。されば平野の立場（ソフトな決定論）は（ハードな）決定論に帰することとなる。そうでないとすればなおさらのこと自由論は、非決定論と同一でもなければ決定論と対立するものでもないのだということが証されよう。問題は、何を以て自由と謂うかということであり、決定されているか否かではなくて何によってどのように決定されているかを明らかにすることである。⁽⁴⁾ 自由と必然の止揚の試みはこうして始まる。

小野自身、「意思の自由とは、意思が何ものにも決定されていないということではない」「行為は決定されつつ決定するもの……自由なものである」と言い、マンガキスも「人間自身……決定しつつ決定される」ことを認めている。⁽⁵⁾ 平野が自由意思を認めることも既に示した。⁽⁷⁾ 団藤やアルツール・カウフマン、更にノヴァコヴスキーの主張にみられ

るように、決定論の主張そのものも、自由を前提とした一つの倫理的決定である。⁽⁸⁾ 反対にルシユカは決定論の主張も決定論者の素質と環境によって完全に決定づけられていると言⁽⁹⁾うが、されば決定論者の主張は何の意味もなくなってしまうであろう。

自由と必然を統一する試みは、その一つとして、弁証法的決定論にみられた。但し、ここで注意を要するのは、意思の自由と行為実現の自由の両者を含む「人間の自由」が話題にされており、むしろ重点は、第四章で既に示したように「行動の自由」に置かれていることである。

範疇的自由こそ道義的自由の前提条件であるとして範疇的自由論を唱えるハルトマンにしても、「自由な意思」は「⁽¹⁰⁾少しも無規定な意思ではなくて、まさに規定された意思であり、しかも自分自身からできえ規定された意思である」として、自由と必然の止揚を試みんとしている。彼によれば、「意思の自由はそもそも自由というものが、より低次の存在層により高次の存在層が依存していることに存する時にのみ、可能である」⁽¹¹⁾そして「一面では、自由に対置するものは低次の限定形式のみであり、他面では、自由は原則として高度な限定形式によって被覆形成され得る (überformbar) ⁽¹²⁾ということを見抜くならば、必然性と自由との統合という古い謎は解かれる」と言う。つまり、因果複合 (Kausalnexus) が被覆形成されることが重要である。因果過程は無限の連鎖であるが故に指導可能であり、人間がその法則性を見抜いているから指導可能なのである。事物世界が因果的に決定されていなければ被覆形成できず、目標実現もできない。⁽¹³⁾ 法則性を前提とした自由を認める点で傾聴に値する考え方である。

人呼んで「⁽¹⁴⁾意味による決定論」と称するところのヴェルツェルの立場は、決定論の一種とみるか非決定論の一種と

みるか見解の分れるところであるので、敢えてここで扱ってみることとした。然し、少くとも、彼自身が言うように、因果一元論的な決定論とは異なるし、非決定論的な自由の規定にも達していない。⁽¹⁶⁾ヴェルツェルによれば、衝動を抑制乃至は持続する操縦活動こそが意思の機能であり、⁽¹⁷⁾これを自我機能が遂行するのだが、その活動は超因果的であり目的である。⁽¹⁸⁾例えば、自我活動の自発的遂行様式としての思考や認識作用は、事態の客観的意義から洞察的目的限定を受けている。⁽¹⁹⁾そしてこの事態の客観的意味内容は、我々の創造物でもなければ、逆に、自然法則や歴史法則から一義的に確定されてもいないのであって、むしろ、具体的な歴史状況における意味投企 (Sinnentwurf) に依るものである。法の諸規範でさえもがこの意味投企に属する。⁽²⁰⁾而して、具体的状況下における「価値多きこと」「意味多きこと」だけが「価値」であり、「価値への自由」(限定された自由)だけが存在し、「価値からの自由」(随意的な自由)は存在しない。⁽²¹⁾自由とは、価値と無価値の間で選択し得る可能性ではない。⁽²²⁾自由とは、自発的な操縦活動によってパトスの衝動状態を「被覆限定する」(überdeterminieren) ことにある。⁽²³⁾そして責任とは、悪の為の自由な決定を意味するのではなくて、意味に合った自己決定を為し得る自己答責的主体の側において、自己決定が欠けること即ち衝動の因果的強制に依存していることである。⁽²⁴⁾

アルツール・カウフマンも、「理性の力によって洞察的に決定する人間を自由と称する」とし、「因果的決定を被覆限定すること」に道義的自由が存すると言う。⁽²⁵⁾但し、彼が「自由は……かかる被覆限定の可能性にすら存する」と言う時、⁽²⁶⁾このことは、 \wedge 自由は自由(被覆限定すること)への可能性なり \vee とのタウトロギーになりはしないだろうか。疑問を禁じ得ない。

ヴェルツェルの考え方にも疑問がある。第一に、価値と無価値の間の選択の自由を認めずに価値への自由のみを認めるとなると、犯罪人は不自由人となり非難できなくなりはいないだろうかということである。換言すれば、ヴェルツェルは価値実現必然論に陥ってはいないかという疑問である。⁽²⁷⁾第二に、価値への自由を云々する場合には、絶対的な倫理的価値が公準とされねばならないのに、「価値多きこと」という価値論的基準ですませてよいのだろうか。⁽²⁸⁾第三に、意味に適った自己決定による場合でも犯罪となることがあるのではなからうか。⁽²⁹⁾例えば、確信犯がそれである。もし、確信犯の決定が意味的決定でないとすると、それは、ヴェルツェルが法を道徳と同一視しているかあるいは最高の価値秩序として把えることを前提にしているか、そのいづれかではなからうか。⁽³⁰⁾このような疑問が各論者からも示されている。⁽³¹⁾

ところで、成程、確信犯は、平野の言うように、⁽³²⁾純粋な義務意識に基づいたのであるから倫理的自由を有していたように思える。然し、確信犯人が依拠した意味内容は、具体的歴史状況における意味解釈から出てきた超個人的な「客観的に意味多きこと」ではなくて、その時点における確信犯人の主観的に絶対化された価値に過ぎない。一方、倫理的自由を語る場合の義務（道徳上の規範的要請）や当為は、かかる主観的なものでもなく、また客観的絶体性のあるものでもない。絶対的価値は言明できないし、言明することは法実証主義への危険性を呈することとなる。なればこそ、「価値多きこと」「価値少きこと」しか語れないのであり、そしてこれは、意味投企によるもので、この意味投企もまた存在に制約されるのであるから、決して価値論的ではなくて存在論的なのである。⁽³³⁾

更に、ヒルデ・カウフマンが言うように、⁽³⁴⁾如何なる衝動も何らかの価値に向けられており、衝動の強さだけによる

場合でも善い意思が形成されて価値多い行為が具現されることもあるのだから、あらゆる衝動が無価値であるということにはならない。絶対的価値という一定の規準になるものも考えないとすれば、なおさらのことである。従って、反価値的な場合を責任との関係で語るには、より多き価値を侵害する時つまりは具体的行為状況における道德秩序とか法秩序を基準としてこれを侵す時に初めて可能である。何故なら、エンギッシュも言うように、⁽³⁵⁾「価値違反的なもの……犯罪者からみれば、諸目的・諸価値に向けられている」とみることもできるからである。

ところで、中山もヴェルツェル同様に「価値志向性」を自由とみる点で共に積極的・実質的・能動的な自由を意図せんとしているが、中山が価値絶対論を前提としている点で両者は異なる。中山にあつては、価値は社会主義法と一致する絶対化されたものである。従って、自由の領域は価値認識か価値志向以外にはない。ヴェルツェルの場合、法の領域外でなおかつ価値多き領域があり、そこではなお価値多きことと価値少きこととの間で選択する余地が残こされている。そして一定の倫理的要請が介入した時にのみ、それを基準とした反価値的志向に対して倫理的非難が話題となってくるのである。

(1) Vgl. M. Cranston, op. cit. p. 31. クランストンによれば、マルチン・ブーバーが「より高い自由」と「より低い自由」を区別しているが、これは危険であると言う。

ところで、平川彰「初期仏教の倫理」(講座「東洋思想」第五卷所収)によれば仏教では、阿含経において、「宿作因説」(宿命論)、「神意説」(神意論)、「無因縁論」(偶然論)が説かれ、南伝大藏経では、業論、有作因論、努力論が肯定されている。即ち過去の業に決定された現在の自己も将来に向つては新しい業を生み出す契機を持つていこととなる。そして木村泰賢「仏教における業観と意志の自由」(木村泰賢全集第六卷所収)三六一頁によれば、五蘊の作用(色―身、受―感受

作用、想—表象作用、行—形成作用、識—識別作用。）（仏教では常任的な「我」を否定するから、人の身心をこの五つの集りとみる）の中の識が行を支配し得ることに自由意思の源泉がある。然し、木村によれば、仏教では、より低い自由からより高い自由への無窮進展が問題であると言う（三六八頁）。平川によれば、このことは、世俗諦の範囲で言われることであって勝義諦の範囲では問題にならない。

- (2) 前野育三「意思の自由と刑事責任」（平場還曆祝賀）二二七頁、も「決定論か意思自由論かの対比は必ずしも正確ではないとしている。
- (3) 平野・「意思の自由と刑事責任」（尾高追悼論文）二二三～二三四頁。
- (4) 平野・前掲書・二四八頁参照。
- (5) 小野・「倫理学としての刑法学」（「刑罰の本質について・その他」有斐閣・初版所収）九五頁、九六頁。及び、「改正刑法草案の批判に対する再批判」ジュリスト五七〇号二三頁参照。
- (6) A. Mangakis, ZStW. Bd. 75. S. 151 (531)
- (7) 第五章参照。
- (8) 団藤・前掲書・一一一〇頁参照。Vgl. Arthur Kaufmann, Einige Bemerkungen zum Thema "Willensfreiheit" in: Rechtsphilosophie in Wandel. S. 324. und Nowakowski, Vorwort zu "Gibt es einen freien Willen?" von Danner, Kriminologische Schriftenreihe. Bd. 24(1976). S. 7, 17, 19.
- (9) Joachim Hruschka, Strukturen der Zurechnung(1976). S. 39.
- (10) N. Hartmann, a. a. O. S. 100.
- (11) N. Hartmann, a. a. O. S. 99.
- (12) N. Hartmann, a. a. O. S. 103.
- (13) N. Hartmann, a. a. O. S. 104, 105.

- (14) 例えば、中山・「刑法における意思自由論のイデオロギー的基礎」(「現代刑法学の課題」所収)二四四頁参照。
- (15) 中山は、前掲書(二四四頁)で「ヴェルツェルの決定論は……」として決定論の一種と看做しながら、「ソビエト刑法」(七七頁)では「非決定論の立場に立っている」としている。なお、決定論と看做す者としては、平野・前掲書・二四三頁。大谷・前掲書・三二頁。中・前掲論文。因果一元論ではないと認める者に、H. Roeder, a. a. O. S. 233, K. Engisch, a. a. O. S. 35. がある。そして、平野は、ヴェルツェルの主張を採用した福田見解(前掲論文六一頁)を以て「ソフトな決定論」であると看做している(七三頁)。相対的非決定論の一種とみる者に、金沢文雄・(判例タイムズ二四一号二頁)がある。ヴェルツェル自身は、「相対的非決定論という表現は、何ら無意味な言語編成ではなう」(「言いつつ」)。Gedanken zur „Willensfreiheit“. in: Festschrift für Karl Engisch(1969) S. 101. Anm. 37. 以下Gedanke zur „WF“ 以下。
- (16) H. Welzel, a. a. O. S. 96~97.
- (17) H. Welzel, Persönlichkeit und Schuld. S. 433.
- (18) H. Welzel, a. a. O. S. 437, 438.
- (19) H. Welzel, a. a. O. S. 443, und Vgl. Lehrbuch. 11 Aufl. S. 147.
- (20) H. Welzel, Gedanken zur „WF“. S. 100.
- (21) H. Welzel, Persönlichkeit, S. 449~450.
- (22) H. Welzel, Lehrbuch. 11 Aufl. S. 148.
- (23) H. Welzel, Persönlichkeit, S. 457.
- (24) H. Welzel, Lehrbuch. 11 Aufl. S. 149.
- (25) Art. Kaufmann, a. a. O. S. 323.
- (26) Art. Kaufmann, a. a. O. Anm. 13.
- (27) 沢登・前掲論文・二四頁参照。

- (82) K. Engisch, a. a. O. S. 34.
- (83) K. Engisch, a. a. O. S. 36.
- (84) Vgl. A. Mangakis, a. a. O. S. 124(504) Anm. 26.
- (85) ハンキニシ (Die Lehre von der WF) カハハニシ (Persönlichkeit) への批判に対する反批判として、H. Welzel, Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft(1964) があり、これを対する再批判として、K. Engisch, Um die Characterschuld, Mschr. Krim. Bd. 50. S. 108 ff. insbs. S. 118 ff. があり、これを対する再反批判として、H. Welzel, Gedanken zur "WF"(1969) がある。
- タネルカハハニシとして、Gibt es einen freien Willen? Kriminologische Schriftenreihe. Bd. 24(1967) S. 21 ff. insbs. S. 52. として、H. Welzel, Gedanken zur "WF". として、Danner, Gibt es einen freien Willen? 4 Aufl.(1977) S. 230 ff 参照。そして、ハニシもタネルも今後はこの世にならな。
- (32) 平野・尾高論文・二四九頁。
- (33) H. Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4 Aufl. S. 243.
- (34) Hilde Kaufmann, Was läßt die Kriminologie vom Strafrecht übrig? JZ (1962) S. 198. 及び Vgl. K. Engisch, a. a. O. S. 35.
- (35) K. Engisch, a. a. O. S. 31.

七 私案の試み

自由と必然の統一の試みは、それぞれが問題点をかかえており、試行錯誤の域を出ないようである。今後の検討が期待されねばならない。その際に忘れてならないことは、意思の自由をどのように扱うかという形而上学的態度決定

を明確にしておかねばならないということである。如何なる科学も、形而上学的態度決定が前提になれば科学的論証は意味をなさないであろう。この態度決定こそが各論者固有の論証の方法論を基礎づけるものである。経験科学においても同じである。客観的には一つしかない解答を引き出す数学における論証にしても、その論証の美学は、形而上学的態度決定に依るのである。論証過程のユニークさは、新たな方法論と新たな科学をさえ生み出すことがある。自由を論ずる学においては、仮に証明不可能とせよ、態度決定は無用といえない。阿南の言うように、倫理的自由論にせよ社会的自由論にせよ、とにかく自由を論ずるには、この形而上学的態度決定が常に前提にされていなければならない⁽¹⁾。自由と必然の関係についての一般的認識の問題も実にここに係わってくるのである⁽²⁾。そして、第六章に至るまでその関係の捉え方をみてきたのである。意思の自由の問題は、従って、認識論的問題であると同時に極めて存在論的問題なのである⁽³⁾。

さて、そこで本稿においては、態度決定として、決定論か自由意思論か、あるいは、決定論か非決定論か、という二者択一論は採らないこととする。何故なら、前者は両立可能な問題であって決して対峙するものではないし⁽⁴⁾、後者は意味がないからである。その理由づけについては前章において既に記したところである。アルツール・カウフマンもこの二者択一論は全く誤った問題設定を与えると言明している⁽⁵⁾。大谷の言うように、両者共に不合理な面を残し⁽⁶⁾ており、従って、両者は「同一の対象に対する補足的説明である」というポッケルマンの言葉は正鶴を得ているように思われる⁽⁷⁾。

人間は、万有の一端としては確かにブラウネックの言葉を借りるならば「包括的因果関係⁽⁸⁾」に支配されているかも

しれない。従って、人間の意思形成が何らかのもの（自然的・歴史的・社会的・経済的・文化的・精神的―諸法則）に左右されており、それらが何らかの形で我々の決断の根拠となっていることは否定できないであろう。さりとて、これらの諸法則が我々を一義的に支配しているわけでもない。⁽⁹⁾西田の主張した「必然的自由」⁽¹⁰⁾は、ここに意義をもつに至る。我々を囲む物的・心的世界は、法則性が網の目をなしている。然し我々は、これらの法則性を取捨選択し、時には複数の法則性を組み合わせ、自己にとって都合のよいように標準化することができるのである。ここに我々は、自由の契機をみることができよう。客観的に価値多きことに従おうと主観的に価値多きことに従おうと、法則性を利用する点に自由を認めることができる。何らかの価値や意味に向って、法則性を標準化して、それに合わせて意欲を制御しつつ意思を形成していくことは、絶えざるフィードバック作用を駆使するサイバネティクスの制御の問題である。

オットーも言うように、規範は、名宛人が理性によって因果の諸経過を活動させて計画的に操縦する能力を保有していることを考えに入れて⁽¹¹⁾いる。それ故に、主観的に価値多きことに従って意思決定しても、それが倫理上の規範的要請に反する場合には倫理的非難が生起し、法上の規範的要請に反する場合には法的非難が生起する。非難としての責任は、その意味ではまさしく平野の言うように「規範的責任」⁽¹²⁾である。

かくして、意思形成には自由の契機が介在しており、一度び決定された暁には、次にはその法則性に適うような現実の統制と制御が行なわれるのである。意思操縦と同様に行為操縦もまたサイバネティクスの⁽¹³⁾である。この意味でポツケルマンが「目的的限制も一定の法則性に従う」⁽¹⁴⁾と言うのは正しいのである。

以上の如く、意思決定にも意思実現にも法則性は関与せざるを得ないものである。それでも、前野の言うとおり、「決定論と自由とは矛盾しない」⁽¹⁵⁾。しかも、淡野の主張の如く、非難との関係では、「必然は当為と……一つに結びつかねばならぬ」⁽¹⁶⁾のである。この弁証法的統一を以て自由な行為が初めて正しく特色づけられることとなる。団藤は、人間を実践的に把握する場合の要件としてコントロールとすることを考えるが、これは、コントロールの客体たる因果必然性とコントロールする主体における自由との二つの契機から成り立つのであって、その限りで自由と必然の兩者を肯定しなければならぬ⁽¹⁷⁾。但し、団藤説に対して注意を要するのは、コントロールの客体は因果必然性ではなくて行為者の意欲・衝動であって、因果必然性（法則性）はコントロールする為の標準（不変の系）であるということである。この点に団藤説の誤りがある。この点で平野が、団藤説は法則を超える（法則を左右する）ことを認めているからおかしいと批判するのも無理はないであろう。然し私は団藤も恐らく法則を創造することまでは認めていないと考へたい。いづれにせよ、法則性は制御の標準である。法則性なければ制御もあり得ない。必然性がなければ自由の契機はない。キルヒマンの表現を借りれば、「全ての行為は偶然的でもなければ必然的でもなくて合法的なのである」⁽¹⁸⁾そして、法則に合わせて意思を制御することは、既に示したように、サイバネティクスの制御である。このサイバネティクスの制御系こそは、必然と偶然の弁証法的統合でもある⁽¹⁹⁾。ハンケも、「人間の意思形成にあっては……サイバネティクスの制御が重要である」ことを認めている⁽²⁰⁾。主情主義的把握ではあるが、ダネルも、「意欲が——サイバネティクスの体系におけるように——制御と情報の伝達・処理の法則によって操縦され」意欲も行為もフィードバック作用によって操縦されることを認めている⁽²¹⁾。サイバネティクス理論については、既に、「目的性とサイバネテ

イクスについての「一試論」と題して論じてみたので、⁽²²⁾ここでは言及しない。

ところで、刑事法学上まずは責任との関係や如何にとみるならば、責任非難が話題となる為には、法上の規範的要請とそれに矛盾する意思決定が存在しなければならぬことは前述した。ザウアーの言う如く、倫理的研究においても法律的研究においてもその出発点は規範であり、自由な意欲こそ規範科学の客体である。⁽²³⁾法は規範であると同時に命令である。⁽²⁴⁾規範は実現への要請であり、命令は作用乃至は強制である。ラートブルフやそれに依拠したと思われる峯村によれば、規範に従う意思は自由であり、命令に従う意思は不自由である。⁽²⁶⁾義務は規範に対する意思の関係であり、義務づけは自律の問題である。⁽²⁶⁾故に、「規範は自由を前提とし……自由のないところに規範の成立する余地はなく」⁽²⁷⁾なる。「規範は自由に呼びかけをし」「決定可能な意思を要求する。」⁽²⁸⁾従って「自由なき規範はない。」⁽²⁸⁾

法は、名宛人の実現不可能なことを要求し得ないから、⁽²⁹⁾ここではむしろカントの掲げたテーゼとは逆に「汝為すべし、汝為し能うが故に」(Du sollst, weil du kannst)とのテーゼが問題となり、そしてその前提として「人は為すべし、人は為し能うが故に」(Man sollst, weil man kannst)というテーゼが先行するのではなからうか。⁽³⁰⁾法的な責任非難は、正常な平均人が為したように意思決定しなかった⁽³¹⁾ということの確認と行為者自身正しく決定し得たのにしなかった⁽³¹⁾ということの確認の上に為されるからである。

ところが、この後者の確認は不可能に近い。しかし、それにしても行為者の決定が実定法の基礎にある価値秩序即ち規範的要請に背くものであって法の否認するところであることにも変りはないのである。⁽³¹⁾そこで、前者の確認のみを以て法的責任非難は可能であらうか。マンガキスは、それは単なる無価値判断であって他行為の可能性を前提とす

る非難ではないと言う⁽³²⁾。然し、他行為の可能性は意思決定の自由と区別すべきことは既述の通りであるし、非決定論的な Schuld が非難で決定論的 Schuld は無価値判断に過ぎず全く別物であるとするのも行き過ぎの感がある。非決定論と決定論の対立を無意味なものと考え自由論と決定論を相容れるものとするならばなおさらのことである。しかも決定論的立場からでも社会的非難を云々するではないか⁽³⁴⁾。その上、他方、法的非難は道義的非難と同じでもない。ノヴァコブスキーが、決定論的責任を以て非決定論的責任の「欠損分」だと言う時⁽³⁵⁾、決定論・非決定論の対立を無意味と看做す本稿としては、法的責任を道義的責任の「欠損」(Minus)とでも把えるべきであろうか。

一般に、法的な規範的要請は、名宛人がその要請を理解し、その要請に適うべくフィードバック作用を働かせて意思決定することができるところを前提にしている。レーディヒが言うように、法は、自己決定する人間間の秩序でさえある⁽³⁶⁾。そうだからこそ、この要請に敢えて違背する決定をしたことに法的非難を加えることができるのである。自由と必然の両立を認める立場からは、「非決定論—非難」という伝来の図式にとらわれる必要はない。

ここに至って、特定の行為者が一般人同様に決定し得たのにしなかったという判断はできても、行為者自身が行なった決定とは別の決定を行為者が為し得たという論証は仮言的にしか言明できないのではないか、という疑問に答えねばならない。まず以て、中自身の言うように、仮言的にしか言えないからといって自由が存在しえないことにはならない⁽³⁷⁾。自由の契機が那邊にあるかは既にくり返して明らかにしてきたところである。そして、平均人ならば行為者と同じ行為時点でしかも同じ精神的所与の場合でも規範的要請に答える意思決定ができたのであれば、結局のところそれは、平均人の意思も行為者の意思もそれぞれが独自の要因として作用していたことになるのであるから、そこ

に自由の契機をみる事ができ、平均人を引き合いに出したとしても、中山の言うように決定論に至る事には決してならないのである。⁽³⁸⁾ 道義的非難も法的非難も、自由を承認しなければ不可能である。然し、道徳の世界は、「汝為し得る、為すべきが故に」(Du kannst, weil du solst)とのテーゼが支配する自律の世界であって、非難は、むしろ責任を感じる者の自由意識に基づいて先験的に為される。ところが、他方、法の世界たるや他律の世界であり、非難は飽まで外部から為されるのであるから、平均人との比較で十分である。⁽³⁹⁾ レーディヒも、決定は決定する者ではなく他の人間に係わるのだと言う。⁽⁴⁰⁾ エンギッシュは、行為者を除外して判断するのは度が過ぎていると言うが、⁽⁴¹⁾ オットーも言明する如く、「義務規範としての刑法規範の解釈は、要求された客体には様々な態度の決定が可能であるという前提に依拠している」⁽⁴²⁾ のであるから、決して行為者を全く不問にしているわけでもないし、平均人との比較で足りると思われる。「立法者が、規範の名宛人は何らの決定の自由をもたないということから出発するならば、……当為命題は現存もしない決定の自由を不誠実に眩惑させる以外の何ものでもない」⁽⁴³⁾ ことになる。法規範の妥当根拠はそもそもが国民の容認にある。実現可能な法を定立し容認した時点で、我々は互いに規範的要請に答え得ることを前提として、その要請に背く場合には法的非難を受けるべく決定づけられたのだと言えよう。「非決定論へと決定づけられている」という、エム・エー・マイヤーの表現そのものは、その理由づけと思考方法（本章註(3)に提示）は別として、この点で引きつけられるものである。

然しながら、それでもなお、事後的判断は果して可能かという疑問は残こされたままである。ザウアーの言を借りるならば、成程、「意思は予測 (Prognose) の場合は自由であり、診断 (Diagnose) の場合は不自由」に思われる。

刑事責任はまさしく過去の行為に関する問題である。仮に自由を認めるとしても、法則に支配されてしまった過去の意思決定はもはや不自由に転換してしまっている。ならば非難は不可能ではないか。さりとて未来のことは非難の対象にはなり得ない。

然し、とザウアーは言う⁽⁴⁵⁾。裁判官も倫理学者も、判断をするに際しては、その予測たるや、事後的予測に過ぎないというだけで、「判断さるべき意思経過が生起した時点で把えられ……ここから将来に目を向けるのであって、「不自由を認識している以後の判断者も、以前の意思経過を、当時は自由な意思経過であるとみることが出来る」のであると。

行為時点における全ての状況を再現することは不可能であるが、斉一性の原理の把え方と同様に、行為者の行為環境と精神状況の同一性を前提とした上で事後的予測をし、平均人との比較によって法的・規範的責任を話題にすることができよう。而して、それは、決して所謂決定論に陥いるのでもなければ、行為者の個別的判断を捨象したのでもなく、仮言的判断の空しさに悩まされることもないことは既に示した通りである。

(1) 阿南成一「社会的自由と倫理的自由」(尾高論文)三二五頁、三二九頁。

(2) 阿南・前掲書・三二六頁参照。

(3) H. Roeder, a. a. O. S. 233, und Vgl. N. Hartmann, a. a. O. S. 98. 99, oder A. Mangakis, a. a. O. S. 119(499).

なお、ホル・ヤー・マイヤーは、意志の自由は思考不可能だとして基本的には決定論的立場に立ちながら (Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrechts, 2 Aufl. 1923, S. 448) 然し、非答責性は耐え難い (a. a. O. S. 449) から刑法は答責性なしですますいとはべきなすとする (Die schuldhatte Handlung, 1901, S. 92)。そして、意思の自由は思考不可能でも表象は可

能であり(a. a. O. S. 94)‘それによつて答責任を基礎づけることがむしろ必然であつて実践的理性の公準が満たされる(a. a. O. S. 97)’. 答責任は文化の理想である(Allg. Teil, S. 449~450)から、社会的動物としての人類は、非決定論へと決定づけられてゐる(a. a. O. S. 451 und Schuldhafte Handlung, S. 100)’. 上のように説くのである。

このマイヤー流の表現よろしくポツケルマンは、無差別な自由は責任の現存在を不可能にするが、責任の概念とその可能性の道徳的確信の故に非決定論へと決定づけられてゐると言い、他方、人間の態度に因果的解明の方法を応用すべく強いられてゐる感情があるから決定論へも決定づけられてゐると言う(a. a. O. S. 388)。

メツガーは、認識論的決定論を前提とした上で(Strafrecht. Ein Lehrbuch. 3 Aufl., 1949, S. 253) 自発性のカテゴリーを認め(Über Willensfreiheit, 1947, S. 13)‘それを精神生活の領域に不可欠のものとし’(a. a. O. S. 15)‘しかもこの精神生活は全て価値志向的であり自発的なものとする(a. a. O. S. 27)’. にも拘らず、彼は、刑法上の責任は法律の意味における責任で、倫理的なものではないから意思の自由とは無関係であると言う(Ein Lehrbuch. S. 251)。

植松正は、刑法上は意思の自由の形而上学的論及は過度の要求であると言いながらも、基本的には決定論を採った上で、刑事責任の前提として即ち規範的公準として意思の自由を仮設する(「全訂・刑法概論Ⅰ」総論 勁草書房 昭和四十七年版 一六頁以下)

- (4) 前野・前掲書・二四四頁参照。
- (5) Art. Kaufmann, a. a. O. S. 323, Anm. 9.
- (6) 大谷・前掲書・一三四頁。
- (7) P. Bockelmann, Erwiderung auf den Beitrag Schörcher. ZStW. Bd. 77. S. 257.
- (8) Anne-Eva Brauneck, Was läßt die Kriminologie vom Strafrecht übrig? in: Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, (1963) S. 193~194.
- (9) 福田・前掲論文・六一頁参照。

- (10) 西田幾多郎「善の研究」岩波書店(大正一三年)一七四頁。なお、考え方は違うが、滝沢克己は、「人間は、……絶対者の映しとして、それぞれの瞬間における自己完成のために、いわば向うから決定せられてくる諸条件を自分自身から決定(選択)する」(著作集第八卷二四六頁)として、マルクス同様に「必然的自由」を説く(六五頁)。
- (11) Harro Otto, Grundkurs Strafrecht.(1976)S. 22.
- (12) 平野・「刑事責任の構造」(「刑法の基礎」)七七頁参照。
- (13) この点については、拙稿・「目的性とサイバネティクスについての一試論」駒沢大学法学部研究紀要第三三号参照。
- (14) P. Bockelmann, ZStW. Bd. 75. S. 377.
- (15) 前野・前掲書・二四四頁。
- (16) 淡野・尾高論文・一七二頁。
- (17) 団藤・尾高論文・二二七〜二二八頁。
- (18) J. H. von Kirchmann, Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral. 2 Aufl. (1873) S. 86.
- (19) コーシニング編・藤野訳・前掲書・三七八頁。
- (20) F. G. Hanke, Aufbruch ins Paradies.(1973)S. 71.
- (21) M. Danner, a. a. O. 4 Aufl. S. 52. und Vgl. S. 39, 49.
- (22) 註⁽³⁾を示した。なお、サイバネティクス理論の重要性については、例えば Arthur Kaufmann, Die Aufgabe der Philosophie im Kybernetischen Zeitalter(1971), in: Rechtsphilosophie im Wandel(1972)。サントネティクス理論の法的適用可能性については Spiros Simitis, Rechtliche Anwendungsmöglichkeiten Kybernetischer Systeme(1966) (Recht und Staat, Heft 322)。その他、法情報論については、例えば Fritjof Haft, Einführung in die Rechtsinformatik(1977) の巻末文献欄を参照。

ヴェルツェルがサイバネティクス理論に言及したことについては、大野平吉「行為の構造―予備的研究―」(植松博士還暦意志の自由と刑事法学(松村)

祝賀「刑法と科学」法律編 六五頁以下、特に七一頁以下、七八頁以下)及び、齊藤誠二「未必の故意と認識ある過失の区別(一)西ドイツの学説・判例を中心として」判例時報・六九三号、一〇頁以下、特に一一頁註(8)参照。

- (23) W. Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921 S. 529.
- (24) 峯村・尾高論文・六一頁。
- (25) Gustav Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie.(1914)S. 181. 及び、峯村・前掲書・六三頁参照。
- (26) G. Radbruch, a. a. O. S. 182~183.
- (27) G. Radbruch, a. a. O. S. 184.
- (28) 峯村・前掲書・六四頁。
- (29) Vgl. K. Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unser Zeit. 2 Aufh.(1968)S. 102~103.
なお、木村・総論・五七頁、三〇二頁参照。
- (30) Vgl. F. Nowakowski, Ritterl-Festschrift. S. 71. なお、木村・法哲学四季報一五頁参照。
- (31) Vgl. F. Nowakowski, Kriminologische Schriftenreihe. Bd. 24. S. 16. Anm. 24.
- (32) A. Mangakis, a. a. O. S. 124(504)Anm. 28.
- (33) A. Mangakis, a. a. O. S. 130(510)~131(511).
- (34) 例えば、木村・総論・六八頁、一九七頁、三〇二頁、三二四頁参照。
- (35) F. Nowakowski, Ritterl-Festschrift. S. 71.
- (36) J. Rödigs, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz.(1969)S. 80. なお、大谷・前掲書・七六、七九頁参照。
- (37) 中・前掲論文・四一三頁。同旨として、大谷・前掲書・一三二頁。
- (38) 第二章で示した。
- (39) Vgl. A. Mangakis, a. a. O. S. 137(517)~143(523).

- (40) J. Rödig, a. a. O. S. 80.
(41) K. Engisch, Willensfreiheit. S. 22.
(42)・(43) H. Otto, a. a. O. S. 22.
(44) W. Sauer, a. a. O. S. 517.
(45) W. Sauer, a. a. O. S. 518.

八 責任及び刑罰との関係

自由と必然の両立を認めサイバネティクス理論を以て統合を試みる立場からは、責任はまさに規範的責任たるを妥当とするに至った。しかも、刑法的責任は、メツガーの言を借りれば、「倫理の意味におけるものではなくて法律上の意味におけるもの」⁽¹⁾でよいわけである。従って、ノヴァコブスキーが「法的責任は……倫理的責任である必要はない」と言い、⁽²⁾ 団藤が「自由意思をみとめるとしても、当然に刑事責任を道義的責任を基礎としてとらえることにはならない」と言う時、⁽³⁾ 各論者の思惑は別として、同じ意に解したい。法上の規範的要請に矛盾する意思決定への非難は、道徳上の規範的要請に矛盾する意思決定への非難とは区別されねばならない。法は道徳の最少限度だとしても、道徳的非難は飽くまで自律に訴える以外にないが、法的非難は、形式上外部的に付与されることを以て足りる。以後この非難をどう受けとめるかは、再び当事者の自律と自由に係わるだけである。そしてそれは人格の問題である。法は、とりあえずは、そこまで将来を考えて倫理的な非難をするわけではない。刑法の社会倫理的機能がないわけではないが、それに頼り過ぎることの危険性は今さら言うまでもなからう。

更に、仮に「道義的責任を非決定論的に理解するとしても、刑罰をこの責任の応報として解釈することを強いられない」というノヴァコブスキーの主張は傾聴に値する。本稿では、単なる非決定論は排斥するから、道義的責任を採る必然性はないのであるが、それでも責任は単なる無価値判断ではなくて法的非難であって、非難はやはり過去に対するものである。平野が、非難を以て将来に対するものと解することの矛盾は示したが、彼自身、「刑事責任で問題になるのは過去の犯罪行為である」と言明しているのである⁽⁵⁾。その上、彼は、未来は「刑事責任の根拠づけにはなりえない」とさえ主張している⁽⁶⁾。仮に非難が将来への「条件づけ」を行なうとしても、それは「非難」のもつ意味を無視することとなるし、「非難」による「条件づけ」は必ずしも善い効果をもたらすわけではなからう。平野が趣旨を徹底させるには、責任の存在論的概念の根本的変革を必要とするであろう。さもなければ、近代派の説く責任論と同視される危険性があるかと思われる。

ところで、刑罰は、責任を過去に対するものとして把えたとしても、これまた同じに把える必要はない。ノヴァコブスキーの先の主張は、その意味で含蓄あるものとなる。しかも、将来に対するものとみる予防刑主義は、マンガキスや大谷の言うような単なる目的観念⁽⁷⁾だけから出てくるのでは決していないのであって、刑罰にかかる本質規定は、やはり形而上学的・存在論的な本質解明によるものである。刑罰のように、人間の生命や自由という「人間の尊厳」に係わるものを、単に機能主義的に把えることは絶対に許されない。そして、こういった「目的」や「政策」だけから、帰納的に決定論か非決定論かを決めることは許されないであろう⁽⁸⁾。意思の自由も責任も刑罰も、全てまじめな存在論的本質究明を必要とするものである。

責任原理一つを考えてみても、それは、国家刑罰権の恣意的発動を抑制するという実践的要請によるものであるが、まさにそれは、刑罰は絶対的応報刑に非らずとの本質決定によるものである。その意味で、責任主義は所謂消極的責任主義⁽⁹⁾でなければならぬのである。つまり、今日の責任主義は、絶対的応報刑を排する思想に立脚しているのであるから、もともと積極的責任主義などは顧慮されている筈はないのである。まさに、責任主義とは小野の言う「制約原理」であり、木村の言う「制限的原則」なのである。⁽¹⁰⁾この責任原理の裏には既に刑罰を単なる応報とは見ない思想が働いていることになる。責任主義を消極的責任主義とみるべきだとの考えの基盤には、既にして教育刑思想が胚胎していたのである。

かくして、目的刑論を採ったにせよ、意思の自由を否定する必然性はないことが判明した。確かに、木村の主張にある如く、法則性を前提にしないと「刑罰によって応報であれ、改善、教育であれ、その目的を達成することは不可能」⁽¹¹⁾であり、団藤も言うように「決定される面があればこそ、刑そのものも決定因子の重要なひとつとして……矯正的な働きをもつことができる」⁽¹²⁾のである。刑罰によって改善されるという法則性（必然性）がなければ、刑罰も意味がないからである。

然しながら、法則性は、自由と矛盾するものではなく、むしろ自由の契機を付与するものであることは既に示した。しかも、この刑罰のもつ改善の法則性は、経験科学的にあるいは認識論的のみ検証される単純なものではない。人間の主体性に係わる存在論的な問題が深く影響しているのである。即ち、この法則性は、刑罰を受ける側が主体的に自己変革することをも承認しなければ確立され得ないものだからである。アルツール・カウフマンも、社会復

帰の思想は、自由の理念に基づいており、答責的自己決定の力を前提にしなければ考えられないと声明している。⁽¹³⁾ エンギッシュが、「行為者は、刑罰によっても内面的に即ち彼の性格の中で刑罰と取り組むことを強いられ」「刑罰には……人格を形成する力が存する」と言う時、それは、刑罰を受ける側の主体性つまり主体的な人格形成力を前提にしているものと解したい。アンセルが、「社会防衛の刑事政策は、また再社会化の過程は、本人自身による自己の人格的責任……についての、常に増大する意識の保持の上に基礎づけられる場合にのみ有効でありうる」と言うのも同じ趣旨とみたい。中も、この点について、「行為者の側において、これに感銘・応答しうる根拠が不可欠であり」⁽¹⁵⁾ さもなくば予防目的は達せられないとしている。

刑罰は、目的刑・予防刑であれ、その内実は道義的教育刑でなければならない⁽¹⁶⁾ としても、それは、受刑者の主体的変革を前提とする。主体性を否定し、犯罪へと決定されっぱなしの者に、いくら教育や改善の手を施しても意味がない。保安処分として、主体に固有の改善の法則性が根底にある。法則性は、人間の主体的利用がなければ人間にとって意味がない。主体的参加を通して初めて主体は再び法則に支配されるのである。団藤の言う主体的コントロールと因果関係を超えるということが、法則性を勝手に創造したり左右したりすることまでは意味しないとすれば、（そしてそうでなければならぬが）「非難の対象である犯罪の『主体』が因果関係を越えた存在である以上、刑罰という非難によってこれに影響を及ぼすことはできないはずだ⁽¹⁷⁾」という批判は空しいものに終るのである。

以上から、自由と必然の統合を通して、法的・規範的責任を論じ、しかも目的刑・予防刑を云々するシェーマが構築された。この点については、更に刑罰の本質究明を通して検討する必要があるが、今後の課題としたい。唯言える

ことは、伝統的シェーマにとられた賛否両論が空しいものだということである。

- (1) E. Mezger, Ein Lehrbuch, S. 251.
- (2) F. Nowakowski, a. a. O. S. 70.
- (3) 団藤・前掲書・二二一頁。
- (4) F. Nowakowski, Kriminologische Schriftenreihe. Bd. 24. S. 7.
- (5)・(6) 平野・前掲書・六七頁。
- (7) A. Mangakis, a. a. O. S. 156(536)～158(538). 大谷・前掲書・八九頁。同旨、中川・平場還暦祝賀論文集二六九頁。
- (8) 小野・ジュリスト二九九号・五〇頁参照。
- (9) 平野・「刑法総論」昭和四七年・五二頁以下。なお、齊藤誠二「刑法の改正と責任主義(一)」警察研究 第四五卷第一号 一五以下参照。
- (10) 小野・前掲論文・二三頁。木村・「刑事責任の本質」法哲学四季報第二号一八頁。なお、小野は、責任主義に積極的・消極的の二つの責任主義があるわけではないと言う。
- (11) 木村・前掲書・六四頁。
- (12) 団藤・前掲書・二二六頁。
- (13) Art. Kaufmann, a. a. O. S. 322.
- (14) K. Engisch, a. a. O. S. 52, 55.
- (15) 沢登訳・「刑事責任・法的観点」法政理論第九卷第一号一四五頁。
- (16) 小野・「刑罰の本質について・その他」三〇頁参照。
- (17) 平野・前掲書・七一頁。彼自身、動物でさえ笞打てば別の行為の法則性を採ろうとすることを認めている(尾高論文二五三頁)。

九 結 び

本稿においては、最初に「意思」概念と「自由」概念を整理し、更に後者との関係で粉らわしい転換概念を検討し、「意思の自由」が何を問題にするのかを明確にした。そしてそれは、意欲を問題にする存在論的問題であることが確認された(以上法学論集第一八号)。その上で、決定論とはあらゆる事象が決定づけられていることではなくて法則性に依拠していることを認める意であること、非決定論とは無差別な自由を肯定するものだとすればそれは容認できないこと、意思の自由とは、まさしく、この法則性(必然性)を標準としてフィードバック作用を駆使しつつ意思を制御する点に認められることが判明した。自由と必然は互いに矛盾し合うものではない。こうした自由(つまり法則性を不変の系としてそれに合わせて他方の系即ち意思を制御すること)を前提として規範、就中、法規範は存立しているのであって、実定刑法もこの自由なくして語ることはできない。精神病者や幼者の如く本来的にこの制御系に障害を来たしているか或いは制御系が未発達な(本来的に意味ある価値決定ができない)者は別として、行為時点でかかる自由を保有する者が敢えて法の要請する規範的要請に違背した場合には、平均人ならばこの要請通りに意思決定したであろう限り、責任非難を基礎づけてよい。何故ならば、法定立に際してはその法に依拠せる社会の構成員たる当該行為者が法的規範的要請に従うべきであり、且つ従うことのできるものが前提とされており、しかもそれにも拘らず敢えてその法に違背した時点で彼独自の意思決定をしているからである。⁽¹⁾ もちろん、この法は、アルツール・カウフマンの言うように、存在と当為の相応(Entsprechung)であり、演繹的・帰納的に類推推論されるも

のでなくてはならない⁽²⁾。さもなくば、法は単なる命令と化し、義務づける力もない⁽³⁾（規範的要請もできない）実力に過ぎず、規範色を失うからである。規範色のない法に反する意思決定は、もはや本来的に非難できない。ましてやかかる法に対しては平均人すら法背反的決定を為すであらう。この点に確信犯との相違がある。そして平均人も行為者も自由を有し、それぞれが独自の意思決定をした以上、平均人との比較において非難を問題にしても決して所謂決定論に陥いりはしない。残る問題は、行為時点における行為環境が意味ある価値決定の現実的な実現可能性を奪ってしまっているかどうか、つまり現実の規範的要請に適った行為操縦を阻害したか否か（即ち、法則性を不変の系として、それに合わせて現実の行動を制御することが阻害されたかどうか）である。これは成程意思形成過程に係わる問題だが、厳密には、意思の自由の問題と切り離して考えるべき行為の自由の問題であり、期待可能性の問題である⁽⁴⁾。これらのことも明らかにした。そして、刑罰の教育・改善効果は、法則性と合法的な主体的な人格形成即ち自由との両者を前提にしており、本稿における私案の試みはこの点の解決に答え得るものであると信ずる。自由論と決定論、非決定論と決定論の対立を無意味なものとしてその二者択一論を否定し、自由と必然を統合することにより伝統的シェーマにとらわれることなく、責任と刑罰の問題を説明し得たのも、サイバネティクス理論の導入に依拠するものである。この理論こそ、意思決定という精神現象、それに基づく行為という行動原理を解き明かす鍵なのである。存在論的問題も、この理論を一方的に嫌う時ではなくなった。何故ならば、アルツール・カウフマンも言うように、例えば今や独自の科学と化した「法サイバネティクス」(Rechtskybernetik)乃至は「法情報学」(Rechtsinformatik)⁽⁵⁾すらも、元来は狭義の法哲学からさまよい出たものである上に、人間の具体的な自己実現として哲学を把握するなら

ば、この自己実現は別様に哲学する人々との哲学的交流という活動なくしては生起し得ないからである。⁽⁷⁾存在論が哲学の主流を成すならば、この存在論も亦サイバネティクスを排斥するものではない。而して、人間の現存在を本質的に問題にする学としての哲学が、サイバネティクス理論によって無用に帰されるわけでもない。情報化時代における人間の存在の探求は、むしろ大いなる意義と使命を持つであろう。⁽⁸⁾本稿では、意思の自由という解明困難な存在論的問題を、サイバネティクスという科学との会話を通して解決を試みたのである。残された問題は、多々あると思われるが、今後の検討課題としたい。

- (1) 木村・前掲書・五七頁。
- (2) Art. Kaufmann, Analogie und „Natur der Sache“—Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus.(1965)S. 13~15, 29. なおこれには、宮沢・小林共訳(法政研究・第三九巻第七号)がある。
- (3) Vgl. H. Welzel, Naturrecht und Rechtspositivismus, in: Naturrecht oder Rechtspositivismus? herg. von Werner Maihofer. S. 337~338. 金沢文雄訳・政経論叢第一六巻第三号。
- (4) 木村・前掲書・五八頁、三二八頁。
- (5) Fritjof Haft, Einführung in die Rechtsinformatik. 1877. S. 41. によれば、西ヨーロッパでは「法情報学」の概念があり、情報学は、「フィードバックを骨子とするサイバネティクスによって裏づけられている(S. 56~57)」。そして、法情報学の関心は、法的に規範化された諸関係や社会的現実性として考察される諸関係の構造に向けられており、その時常に情報加工が顧慮される。即ち、法情報学においては、法における情報構造と決定構造が肝要である(S. 19)。
- (6) Art. Kaufmann, Die Aufgabe der Philoophie im kybernetischen Zeitalter, in: Rechtsphilosophie im Wandel. 1972.,

S. 372.

(7) A. Kaufmann, a. a. O. S. 374.

(8) A. Kaufmann, a. a. O. S. 375.