

刑事責任能力と答責性概念

—— ドイツにおける刑法と少年刑法の交錯 ——

塩 盛 俊 明

はじめに

一 問題の所在

二 ドイツにおける少年裁判所法三条と刑法二〇、二二条との競合問題

三 責任判断における答責性の意義

四 私見——わが国の少年司法における位置づけ
おわりに

はじめに

刑事成年に達する年齢は、わが国では一四歳であり（刑法四一条）、刑事責任能力に関して、刑事実体法上それ以上の年齢を有する行為者に対する区別は特になされていない。少年法では二〇歳未満の者に対する保護処分を規定している⁽¹⁾ので、一四歳以上の者であっても家庭裁判所で保護処分⁽²⁾に付されるのが原則とされているが、これは教育的ないし政策的理由から手続上家庭裁判所に先議権が与えられていることによるもので、刑法上の理由による訳ではない。

刑法上は、検送（少年法二〇条等）があれば、刑事裁判所において刑罰の賦課がなお可能なのである。

それでは刑事成年に達すれば、検送後の少年に対し成人とまったく同様に刑法が適用されるのであろうか。少年法

は第四章において「少年の刑事事件」として特別規定をおいているが、その内容は手続と処分に關するものであるに過ぎないから、一四歳になれば成人同様の実体刑法が適用されると考えることができるかもしれない。しかし、そうだとすると、それまでは保護主義のもとで更生可能性が探られていたのに、検送を契機としていきなり刑罰賦課のための純粹な成人刑法の適用を受けることになってしまうことになる。このような極端な考え方は少年法学においてはむしろ少数説であり、少年法一条に掲げられた少年法ないし少年保護の理念は、検送後も貫徹されるものと一般には考えられている。²⁾ しかしながら、少年刑事手続における少年法理念の貫徹は、手続上および処遇上については、規定もあることでそれなりに議論が行われているものの、実体刑法理論については、特に規定もなく、実務や学説においてほとんど論点とさえなっていないように思われる。³⁾ その背景には、刑法学における責任能力の議論が、成熟した成人を前提としたものとなっており、少年固有の責任論がなお未発達であるという事情があるのではないだろうか。

本稿では、ドイツの少年刑法における、刑事責任能力と答責性 (Verantwortlichkeit) をめぐる問題、なかでも精神障害等による責任の阻却・減少と未成熟を理由とする答責性阻却 (Verantwortlichkeitsausschluss) との競合に關する議論に注目し、これが少年刑事実体法上の一要件として、わが国における少年刑法の理論構築に向けて参考になるべきことを明らかにしたい。ドイツの少年法制は刑事手続を基盤としていることから、その実体法適用は刑法であつて、⁴⁾ わが国のような非刑事手続的少年審判を持たず、却つて少年刑法内部における要件論は豊かであるという事情がある。

(1) 神田宏「ドイツ少年裁判所法第三条と禁止の錯誤—少年の刑事責任序説—」近畿大学法学第四十五卷第三・四号一〇七頁は、刑事未成年者に關してであるが、積極的一般予防論の見地からヤコプスの、統合予防論の見地からロクシンの見解に言及しつつ責任無能

力者とみなすことは規範的に可能であるとしている。刑事成年齢を何歳に設定するか等といった問題からして実際のところ諸外国間では区々であるし、児童・少年の成長発達段階の考慮という科学的知見を前提にしても、政策的配慮を一掃してしまうことは困難であると思われる。

(2) 例えば、澤登俊雄「健全育成理念再考—少年事件と処分の軽重—」刑政第一〇九卷一号九三頁、村井敏邦「刑事訴訟法」(日本評論社、一九九六)一八〇頁以下、吉中信人「少年法の起訴強制手続について」広島法学第二十二卷第一号一四六頁等。

(3) 禁止の錯誤に関する、神田・前掲注(1)は、その意味で貴重な文献の一つである。

(4) 勿論、ドイツの法制度は複線的であつて、同時に児童少年扶助法(Kinder- und Jugendhilfegesetz)が重要な役割を果たすが、本稿では触れない。ドイツ少年法制の動向については、岡田行雄「ドイツ少年司法改革の動向」斉藤豊治・守屋克彦編著「少年法の課題と展望第2巻」(成文堂、二〇〇五)三〇頁以下参照。

一 問題の所在

近年わが国で世間の注目を集める少年事件の中には、少年の異常とも思える行動から精神障害等が疑われ、責任能力に疑義が生じる場合がある。少年司法は家庭裁判所全件送致主義を採用しているが、送致前は形式的には刑事事件であるし、送致後も少年法一四条によって刑事訴訟法上の規定が準用されることから、責任能力判断に関して、捜査機関の行う、いわゆる簡易鑑定や嘱託鑑定(刑訴法二二三条一項)、裁判所の行う鑑定(刑訴法一六五条)が行われることがある。

ここでは成人に対する刑事訴訟法の思考が類推適用されることになるが、はたして少年期固有の問題性が顧慮されているのであろうか。⁵⁾ また、わが国の場合、手続上少年審判の段階でまず責任能力の問題が登場するのであるが、犯罪少年に関する少年審判対象論にも関連して責任要件要否の問題があり、責任必要説を採れば少年審判段階で問題と

なりうるが、不要説を採った場合は、責任能力議論の場は検送後の刑事裁判に移されることになる。ただ、必要説の場合も、やはり検送後は刑事裁判で問題になりうるのであるから、本稿では、少年期固有の責任能力の問題を、検送後の刑事裁判の場を主に念頭に置いて論じることとする。⁽⁶⁾特にドイツのような刑事手続を基盤とした少年刑法の制度を採る国との比較研究においては、共通のレベルで考察する必要があるだろう。そこで、以下、まず、ドイツにおける規定および学説の状況を中心にみていくことにしよう。

(5) これに関連して、岡田行雄「少年法における科学主義の現実」聖カタリナ女子大学研究紀要一三号一四五頁以下参照。

(6) 従って、責任必要説と不要説の対立は、本稿には直接関連しない。この問題に関する文献は枚挙に遑がないが、比較的最近の論稿として、三宅孝之「少年審判における責任能力」同志社法学五六卷六号五八三頁以下、高内寿夫「現行少年法における「責任」概念について」法政理論第三五卷第四号七四頁以下等参照。

二 ドイツにおける少年裁判所法三条と刑法二〇、二一条との競合問題

ドイツにおいて、犯罪少年は少年裁判所法 (Jugendgerichtsgesetz, 以下 JGG) によって取り扱われる。JGG は教育思想を根幹に据えながらも、純粋な刑法であるという特質を有し、これをわが国の少年法と異なる点として挙げる⁽⁷⁾ことができる。JGG は、「少年は、その道德的、精神的発達に基づき行為時にその行為の違法性を理解し、またその理解に基づいて行為するために彼が十分に成熟している場合は、刑法上答責である」と規定する (JGG 三条一文)⁽⁸⁾。これは、後に述べるように成人刑法における責任原理を、少年刑法においても独自に明らかにしたものと考えることができ⁽⁹⁾る。

一方ドイツ刑法 (Strafgesetzbuch, 以下 StGB) 二一〇、二二一条はそれぞれ、責任阻却事由としての、精神的な障害を原因とする責任無能力および限定責任能力を規定したものである。⁹⁾

JCG 三条が、犯罪を行った少年を処分に付すための広い意味での「責任」に関する要件を規定したものであるとすると、責任阻却事由に関する StGB 二一〇、二二一条と一見重なり合う部分を認めうる。すなわちある少年の行為者について、少年が未だ発達途上段階にあるが故に答責性が否定 (JCG 三条) されるのか、精神的な障害のゆえに責任が阻却 (StGB 二一〇、二二一条) されるのか、というように両者の競合する場面が生じることが想起しうるのである。なお、いずれの条文が適用されるかによって、処分に差異が生じることとなる。¹⁰⁾問題は、このように JCG 三条と StGB 二〇条あるいは二二一条とが競合する場合に、どちらを優位に解すべきか、というところにある。なお、JCG 上、二二一条に相当するよな言わば「限定答責性」に関する規定はないが、StGB 二二一条は少年に対しても適用可能であるとされる。¹¹⁾限定責任能力であることが明らかで、そう認められる場合でも、JCG 三条に言う成熟要件は満たしているという場合はありうるから、JCG 三条の答責性が認められる場合といえども StGB 二二一条の限定責任能力の検討は可能である。¹²⁾

この点に関するいくつかの議論を整理すると、おおよそ次のようになる。ここでは、性質上次のように大きく三説に分け、その代表的論者の説を検討することとする。

(一) 択一関係説

アイゼンベルクは、広義での責任能力判断の根拠となる原因に着目し、「成熟度の発達の欠如のゆえに刑事的に成人であることが否定されなくてはならない場合には JCG 三条を、少年から成人になる発達の枠の中で、縮小される

か、あるいはまったく取り除くことのできない精神病理学上の欠陥がある場合には、SGB 110、111 条を適用する」¹⁵⁾としてゐる。

そして、「JGG 11 条と SGB 110、111 条は要件が異なり、刑法上は精神病理学上の判断方法として制約があり、そこに少年特有の発達・成熟の問題をも包含しているとは考えにくい」¹⁵⁾ことをその根拠として挙げている。

また、わが国の阿部は、JGG 3 条と SGB 110、111 条を並立的な平面にあるものと見る点では共通しつつ、必ずしも JGG 11 条を優位に解しないものとする。「少年の心理的発育遅滞が、未完成の発育段階の結果で将来の成熟によつて補充が期待される場合には JGG 3 条を適用する。遅滞が病的な性質のものである場合には、SGB 110 条を適用する。少年の弁別ないし行動能力の欠如が、病的な発育障害の結果と見なしうるが、なお年齢を加えれば補充されといった場合、この場合にはどちらによることも可能であるので、裁判官の裁量によることになる。ただし、危険性のある行為者に対しては、保安の必要から SGB 110 条の適用により保安改善処分¹⁶⁾を科しうるようにすることが妥当である」としている¹⁶⁾。

この説は、「犯罪的危険性」または「改善可能性」という点に着目して現在の精神的な異常が将来補完ないし改善されるかどうかと「点」で JGG 3 条と SGB 110、111 条の優劣を決定しようとするものである。「法が、精神病院または禁絶施設収容の対象となる少年、すなわち精神障害ある者およびアルコール・薬物などの中毒者に関しては、その危険性に対処するのに少年刑法上の処分では十分でないとして、二元主義的例外を設けたことを意味する」とする¹⁷⁾。ただし、ここでも「成熟」を両者の優位を決定する材料の一つに取り込んでいることは明らかである。

ロクシンは、同様の立場に立ちながらも、障害が未成熟の原因となっており、それゆえいづれその障害が解消されるか否か不明であるときは、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従い、より軽い法効果である JGG 3 条を適用す

べきであるとしている。⁽¹⁸⁾

これらの見解は、JGG三条との関係で、StGB二〇、二一条の適用をまったく排除してしまうわけではなく、精神的な障害の原因(責任無能力とされる原因となる事実)に着目して両者は対象を異にすると解し、障害が成熟の欠如に由来するものであればJGG三条を、そうでない場合にStGB二〇、二一条を適用する、という点に特徴がある。⁽¹⁹⁾

(二) JGG優先説

ニクスは、StGB二〇、二一条はJGG三条の前提条件、すなわち成熟あつてのものであるとし、「JGG三条は特別の責任阻却事由であり、一般的責任阻却事由であるStGB二〇、二一条よりも優先的に検討すべき特別法である(JGG三条により答責性を否定されれば、追加的にStGB二〇、二一条を検討する余地はない。)」と述べる。⁽²⁰⁾「成熟度」を鍵概念としてJGG三条とStGB二〇、二一条の分水嶺を定める点で共通している。

またアルブレヒトも、責任要件の欠如が、発達上あるいは知的障害の原因によるものであれば、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従いJGG三条のみを適用すべしとする。⁽²¹⁾他にも、古くから、ペーターズ、カイザー等がJGG三条優先説を支持している。⁽²²⁾

オステンドルフは、JGGの特別規範性を承認しながらも、StGB二〇条の並立可能性を示唆しつつ、次のように述べる。「JGG三条では、特別な規範であるという点では、答責性は成熟発達次第であるという違いとして現れる。一方StGB二〇条は重く『精神的異常』、つまり決して限定された意識における疾患ではない精神医学上、心理学上の意識における障害を問題とする。すなわち、StGB二〇条の前提条件は、成熟発達からは独立して現れうるということである。従って、逆にStGB二〇条によって責任能力が否定された後のJGG三条の追加的検討は否定さ

れるべきである (JGG 三条と SIGB 二〇条とは、その前提条件のもとに並列に存在している)。成熟度の欠如の問題と関わる精神的な異常は SIGB 一〇条の焦点からは外れ、それは端的に JGG 三条の問題である」。このように、「成熟度」を鍵概念として、成熟度が達成されていないことが精神的な障害と関わるような場合は SIGB 二〇条の射程の範囲の外にあるものとし、JGG 三条の範疇に属するものと考ええる。さらに、法効果の観点からも両者の優劣関係を決定することを試み、烙印の回避、障害の原因が成熟度によるものか、成熟度とは無関係な精神的疾患によるものか、この点を無視することはできない、とする⁽²³⁾。

(三) SIGB 優先説

シュートレングは、JGG 三条と SIGB 二〇、二一条との本質的な相違を次のようなところに求める。

JGG 三条は、決定的な成熟不足が、肉体的、社会的あるいは精神的な要因に根ざすかどうかということと道徳および精神的発達に合わせずまず前提とする。さらに JGG 三条で問題とする「成熟」の欠如は、更なる成熟発達の（少なくとも成熟を完了するまでの）過程で補完されるということとを前提としている。一方 SIGB 二〇、二一条は、広義で病的な状態を生物学的—精神医学的な次元として（意識の障害及びその他の重い精神的な異常を含めて）前提とする⁽²⁴⁾。この点では前述の諸説と認識を同一にしているといえよう。

その上でシュートレングは、SIGB 二〇、二一条を優先的に検査し、SIGB 二〇条によって責任能力が肯定されても年齢的成熟（答責性）の追加的検討はなされるべき、とする。いずれにせよ裁判官は SIGB 二〇条にしろ JGG 三条にしろ、いずれか最適な処分を選択しうる、ということとを理由とする。さらに、呈示された検査や安易な年齢的成熟の否定によって、SIGB 一〇、二一条が見落とされがちであるがゆえに、優先的な検査が推奨されるのだということとを指

摘する。⁽²⁵⁾

裁判例(前述BGH判決)にも、少年の知的障害について答責性を否定しつつ、StGB二一条により相当に緩和された責任能力を肯定するものがある。なぜなら、StGB二一条の肯定のみがJGG七条とのつながりにおいてStGB六三条による精神病院への收容を可能にするからだ、とシュトレングは指摘する。StGB六三条の前提条件は、「StGB二一条の『状態』の意味における前提条件が満たされること」および「JGG三条一文による状態を超えた責任無能力の状態が存在していること」である。シュトレングは、JGG二条、JGG七条を根拠に、JGGの領域におさまるStGB二〇、二一条は有効であり、JGG七条によって許される精神病院への收容は、年齢的成熟が不足することを理由として行われるのではなく、少年刑法におけるStGB六三条の適用可能性はStGB二〇、二一条の有効性のみに基づいているからだ、とするのである。

もっとも、シュトレングは、JGG三条一文の意味における年齢的成熟の欠如と並んでStGB二〇、二一条もまた与えられるかどうか解明不能であるときは、JGG三条のみが有効である、とする。StGB六三条は二〇、二一条の内容が確かに与えられていることを「疑わしきは被告人の利益に」の原則の意味で前提としているからである。

StGB優先説は学説としては少数説であるが、同様の立場にたつ者としては、ブルナーを挙げる⁽²⁶⁾ことができる。

(四) 小括

このように、JGG三条とStGB二〇、二一条との競合に関する諸説はいずれも、両者が対象とする精神的な異常についての焦点がそれぞれ異なっていると理解する点では共通している。特にシュトレングが指摘するように、JGG三条は、成熟度の欠如に基づく精神的な異常を問題としているのであり、その後の更なる発達・成熟によってその異

常が取り除かれるか、改善されることを前提としている。一方 SIGB 二〇、二一条は、成熟度とは無関係な原因による生物学的・精神医学的な異常、精神病理学的な異常を問題とし、その後の成熟によっても改善が見込まれないような精神的な異常を対象としているのである。

但し、SIGB 優先説によれば、まず二〇、二一条の検査をするということになるが、成熟が達成されて初めて Schuld の問題が発生すると考える JGG 優先説からすれば、論理的に問題があるということになるだろう。⁷⁶ "Schuld" がある以上成熟を果たしているはずなので、もはや JGG 上の検査をする必要はないことになるはずである。また、択一関係説をとる場合、"Schuld" がなうときは、それが成熟の問題なのか (JGG)、それとも成熟性に関係しない障害等によるものなのか (SIGB) が問題になるわけであるが、これも論理的には SIGB の検査を前提としていることになる。また、JGG 二条は、一般法の規定は JGG に特に規定がない場合に限り適用されるとしていることに注意すべきであろう。従って、基本的には、JGG 優先説をもって妥当とするべきであろう。

以上の検討から、JGG 三条と SIGB 一〇、二一条との競合に関する諸説は、ニュアンスの違いはあるものの、(例えばオステンドルフや阿部のように) 法的効果の面から両者の優劣関係を論じるものも含め、「成熟性」を鍵概念として、両者の対象とする平面を限定しようという点においては一致がみられることがわかる。その意味において結論的には諸説に大きな対立はないといつてよい。むしろ重要なことは、このことから、JGG 三条にいう「答責性」概念の一端が見てとれることである。すなわち、責任を否定される何らかの「精神的・心理的な不完全さ」が認められる場合に、それがその後の成熟によって補われると認められるとき、それは成熟の欠如のゆえの「精神的・心理的な不完全さ」であって、その場合に JGG 三条を適用し答責性を否定しようとするのである。それはつまり、答責的成熟

(Verantwortungstreife) を欠くこと⁷⁷である。

こうして、ドイツにおいては、わが国と異なり、少年刑事実体法上の特別規定が存在し、ここでは成熟性の概念が少年期固有の問題として認識されていることが分かった。ここで、少年刑法における答責性とは、「自ら行った犯罪的行為に対して、自ら応答し得るだけの成熟性」と、仮に定義しておくことができるだろう。ただ、成熟性が、少年が答責であるための最重要概念であることは疑いがないとしても、一般的な「答責性」そのものについて、成人に対する刑法学では、実質的責任概念をめぐって様々な議論があり、少年刑法における用法との異同等を確認しておくことが有益であろう。そこで次に、この点を含め次章で検討してみよう。

(7) *Schaffstein, F./Beulke, W., Jugendstrafrecht, 12. Aufl., Kollhammer, 1995, S. 1.*

(8) *Verantwortlich (Kein)* の訳語として「責任」を当てるものに、九州少年法研究会(土井正和・武内謙治訳)「ドイツ少年裁判所法および同法基準」法政研究六四卷一七頁以下があるが、本稿では一般刑法にいう「責任」と区別するために「答責性」という訳語を当てる。なお、浅田和茂『刑事責任能力の研究—限定責任能力論を中心として—上巻』(成文堂、一九八三)三〇頁注(一)参照。

(9) 責任能力が積極的に責任を基礎づけるものと考える点で日独間に隔たりはないが、責任無能力および限定責任能力を、同時に責任阻却事由と解するドイツでの通常の用法に対し、わが国では、責任能力および故意・過失が認められる場合になお責任を排除する事由を責任阻却事由として理解するのが一般的であろう。本稿ではドイツでの用例に従う。

(10) 少年裁判所法三条によって答責性が否定されれば、同条二文により社会的援助に付され、また StGB 二〇、二二条により責任能力が否定されれば、同六一条に定める改善保安処分に付される (JGG 七条)。

(11) BGHS, 26B, 1977

(12) *Eisenberg, U., Jugendgerichtsgesetz 10., Auflage, C. H. Beck, 2004, S. 61.*

(13) *Eisenberg, U., Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvolzug Fälle und Lösungen zu Grundproblemen 5., neugestaltete und erweiterte Auflage, 1996, S. 17*

- (14) Eisenberg, U., supra note 12, loc. cit.
- (15) 但し、アイゼンベルクは、改善保安処分がもたらすスティグマ等の不利益性からできる限り SGB 六三條の回避が図られるべきであるとしている点に注意すべきである。Vgl. Eisenberg, U., a. a. O. S. 63.
- (16) 阿部純二「少年法 3 條 1 項 1 号の犯罪少年及び同項 3 号のく犯少年と責任能力との関係」家裁月報 35 卷 1 号 一六七頁
- (17) 阿部・前掲同書・一六六頁
- (18) Roxin, C., Strafrecht Allgemeiner Teil, B. 1, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 913.
- (19) Schaffstein, F./Beulke, W., a. a. O. S. 47-48. 6 個々の事案に応じた適切な処分を選択すべしとする。
- (20) Mix, C., Kurzkomm. zum Jugendgerichtsgesetz, 1994, S. 4
- (21) Albrecht, P.-A., Jugendstrafrecht, 2. Aufl., C. H. Beck, 1993, S. 102.
- (22) Albrecht, P.-A., a. a. O.
- (23) Ostendorf, H., Jugendgerichtsgesetz 5., völlig überarbeitete Auflage, 2000, S. 40.
- (24) Sireng, F., Jugendstrafrecht C. F. Müller, 2003, S. 32
- (25) Sireng, F., a. a. O., S. 33
- (26) Brunner, R., Jugendgerichtsgesetz, 9. Aufl., 1991, Rn. 10.
- (27) Eisenberg, U., supra note 12, S. 51.
- (28) いうまでもなく、実質的責任論以外の文脈においても「答責性」は使用される。近年では特に、被害者の自己答責性論が重要であるが、本稿の範疇を超える。これについては、塩谷毅「被害者の承諾と自己答責性」(法律文化社、二〇〇四)参照。

三 責任判断における答責性の意義

(一) 成人刑法における答責性

かつてリストは決定論の立場から、「責任 (Schuld)」とは「結果に対して答えること (Verantwortung)」であると⁽²⁸⁾した。

またドーナも非決定論を批判し、人間における意思動作の制約性からは、責任 (Schuld) と答責性 (Verantwortlichkeit) の概念を一致させることはできないとし、決定論こそが人間の答責性を基礎づけるとしていた。⁽³⁴⁾ このあたりの議論には、既に、責任があるということ (Schuldhaftigkeit) と、それに対して応答するということ (Verantwortlichkeit) との次元の違いが意識されていたように思われる。しかしながら、Schuld と異なる答責判断を、初めて刑法体系の中に機能的に取り込んだのはマウラツハである。⁽³⁵⁾

マウラツハは、違法性と責任の間に、独自の体系的カテゴリーとして「行為答責 (Tatverantwortung)」を追加するとともに、正当化事由と責任阻却事由の他に行為答責を阻却する特別の事由を認め、期待可能性を欠く場合における、免責緊急避難 (StGB 三三五条) と過剰防衛 (StGB 三三二条) の説明として、この行為答責が阻却されるとしたのである。⁽³⁶⁾ これによれば、個別の行為者が免責されるのではなく、誰でも一定の状況の下で答責から解放されるのであり、それは個人的・個別的段階の判断である「Schuld」から、平均人・一般的段階の判断である「Tatverantwortung」を区別する理論であった。⁽³⁷⁾ マウラツハにおいては、処分賦課要件としての行為答責が予定されていたのであり、そこには回顧的な「Schuld」とは異なる展望的方向での「Verantwortung」が意識されていたことはおそらく疑いが無いが、これをさらに進んだ、予防的な「答責性の理論」(die Lehre von der Verantwortlichkeit) として発展させたのは、ミュンヘン大学の後継者となったロクシンであった。⁽³⁸⁾

ロクシンによれば、答責性は、行為者にかかる「責任 (Schuld)」と、法律から生じる刑法的威嚇による「予防の必要性 (präventiven Notwendigkeit)」という二つの事情に依拠するものである。⁽³⁹⁾ 例えば、過剰防衛は StGB 二〇条の要件がない限り有責 (Schuldhaft) であり、それゆえ非難可能性があるが、この場合刑罰によって予防するには及ばず、答責ではないことになる。⁽⁴⁰⁾ 免責事由にあたる場合に答責性を欠くとして処理する思考は、マウラツハの理論を受け継

ぐものであるが、ロクシンは、さらに進んで、予防的配慮を、責任無能力 (StGB 二〇条) や避けられない禁止の錯誤 (StGB 一七条) の場合という責任阻却事由においても承認する。⁽³⁷⁾ 免責事由がより正確には、答責阻却事由 (Verantwortungsausschlussgründen) であることを前提としつつ、答責「性」の判断は、責任阻却事由の場合にも同様に及ぼされることになるのである。こうして、答責性概念は、予防の観点から、答責阻却事由と責任阻却事由を包含する上位概念として位置づけられることになりそうである。

この点に関し、予防の必要性の体系的な位置づけについては、疑義も呈示されている。例えばグロップは、予防の必要性は、有責性の一要素というよりもむしろ要罰性 (Strafbedürftigkeit) の要素ではないかとする。⁽³⁸⁾ グロップの示すように、ロクシンが、「刑法的答責性」行為の有責性 + 刑罰による予防の必要性」として、行為の有責性の次に予防の必要性という追加的 (zusätzlich) 処罰要件を認めようとするのであれば、⁽³⁹⁾ そのような二段階的構成も論理的といえないくもないが、ロクシンは、答責性をもって、行為者の刑法上の責務賦課 (Haftbarmachung) の観点における「評価」の一つであるとしており、⁽⁴¹⁾ 答責性の用語は、言葉の厳密な意味において非難可能性の術語であり、ただ評価の肩書き (Bewertungsprädikat) であって評価の実相 (Sachverhalt) そのものではない、⁽⁴²⁾ としていることに注意すべきである。

このように考えると、ロクシンに代表される成人刑法の答責性は、責任能力論を含む責任論全体にわたる、予防の観点からする規範的評価判断といつてよいだろう。しかし、これまで見てきたように、少年刑法における答責性論は、専ら責任能力判断における成熟性を軸とした生物学的・心理学的判断であった。競合事例で StGB 二〇条が適用される場合は、責任阻却事由といえども前述のように予防的判断が入ってくることになるが、ここでの答責性判断は当然少年刑法における答責性判断とは異なってくることになる。では、同じ答責性という言葉を用いながら、両者は全く異なるのであろうか。以下では、成人刑法における意義を踏まえながら、少年刑法における答責性を確認し、その異

同を検討してみよう。

(二) 少年刑法における答責性

少年刑法における答責性は、既に見たように「成熟性」を鍵概念として据えられている。では、JCG三条でいう「成熟」とは、どのようなものをいうのだろうか。

答責性概念で問題となる、「成熟していること」とは、自ら行った犯罪的行為に関連するものであるから、まず、認識に関する能力 (Einsichtsfähigkeit) と、その認識に従って行為する能力 (Handlungsfähigkeit) とを含むものと考えることができる。この点は成人と同様である。これら二つの能力は、少年の場合は成長発達過程においてそれらの獲得 (習得) 程度に差が現れるものと考えられるが、人間が成長発達過程で獲得してゆき、(所属する社会に応じて具体的年齢に差こそあれ) 成人とされる年齢までに身に付ける程度を一応の完成モデルとする。しかし、成熟性を構成する要素が、弁識能力と統御能力だけであれば、成人の責任能力概念と同一に帰してしまおう。

そこで、JCG三条は、「成熟」概念を、道徳的発達、精神的発達、弁識能力、統御能力の四つの要素から説明している。これに対してアイゼンベルクは、認識に関する要素である弁別能力と主意的な要素を含む統御能力とを区別した上で、「統御能力は、少年が、行動するための達成した社会的・知的な成熟度に応じて存在していなければならぬ」とする。ただ、弁別能力と統御能力との明確な区別を明らかにすることは容易ではなく、中心的な課題は、知っているかということと、刑法規範を個人が統合しているかということとの齟齬をはつきりさせること、という点にしばしば存在するとしている。⁴³ 神田もこれに倣い、究極的には「核心問題は、規範の認識と規範の統合能力の不一致に存する⁴⁴」とし、「成熟」を端的に「精神的発達」に収斂させて解釈している。

確かに、アイゼンベルクが指摘するように、精神的・道徳的な発達に左右される成熟度は、行為時に、かつ具体的な法律違反に関して存在しなければならず、また、少年係裁判官により事実に基づいて確認されなければならない⁽⁴⁾。そして、ここにいう成熟概念は統計学的に再検査が可能なものではないから、少年の成熟に関する普遍的な命題を立てることは困難を極める。

しかしながら、「その道徳的、精神的発達に基づき行為時にその行為の違法性を理解し、またその理解に基づいて行為するために彼が十分に成熟しているとき」という JCG 三条の法文を忠実に解釈するならば、先に述べた成熟性判断のための四つの要素はいずれかに収斂される性質のものではなく、全てが成熟性判断のための重要な要件であつて、いずれも等閑視されるべきものではないであろう。さらに言えば、少年期固有の問題であるがゆえに成人とは異なる考慮を要するのであるなら、弁識能力及び統御能力のみならず、その基盤となる道徳的発達および精神的発達に關しても、何らかの形で成熟度の認定に反映させることが求められよう。ロクシンも、成人同様、少年の責任能力判断は、「二階建て」に例えられるとし、二階部分は、認識能力・制御能力であつて、両者同じであるが、一階部分は、成人における SGB 二〇条に關係する生物学的・心理学的判断が、少年においては JCG 三条の道徳的・精神的判断に置き換えられるという⁽⁵⁾。条文上求められている一階部分の要件は、十分に尊重されねばならない。

従つて、ある少年について成熟が達成されているかどうかは、前述のようにこれら四つの要件を慎重に検査しつつ、結局は裁判官が個々の少年について個別に判断することとなるだろう。そして、この点に關する裁判官の規範的判断のために、精神医学あるいは発達心理学の観点からの指針を策定することが求められるように思われる。JCG 三条でいう「成熟」とは、年齢が高くなって成人に近くなつていくに従い、到達点としては成人のそれをモデルとした「成熟」を予定していると考えられるが、一般的な用語法でいう成熟度ですら年齢によつて大きく異なるうえに個人的差

異も大きいと考えられるからである。更に重要なことは、JG三条の要件が満たされるためにはこの「成熟」度が積極的に検討されなければならないことである。成人の場合、責任能力は通常前提とされており、SGB二〇条で例外的に阻却されるという構成をとるが、少年の場合は、事件ごとに責任能力の存在が検証され、裁判においても理由が示されるのである。⁽⁴⁸⁾ そのためには成熟の概念を、できるだけ客観的に判断可能な概念とすべく構成しておく必要があるのである。

以上のような「成熟性」の認定を経ることで、少年における答責の有無を論じる要件が整うこととなる。少年刑法においては、成人刑法の責任能力判断における二要件を含む、四要件を備えることが必要なのである。

(三) 小括

成人刑法、少年刑法それぞれの答責性論を垣間見てきたが、成人刑法という生物学的・心理学的成熟レベルの問題として、責任能力論で語られる少年刑法上の答責性に対し、ロクシンにみられるような成人刑法論では、責任(Schuld)判断を踏まえた上での、二層構造的な、予防の必要性から行われる答責性が問題となっており、同じ答責性といってもその内実や体系的な位置づけは大きく異なることが分かった。

この両者の関係であるが、前述したJG三条とSGB一〇、一一条との競合問題において、SGB優先説をとれば、論理的には成人刑法における答責性を判断した上で更に少年刑法上の答責性を判断することになるが、実際上その可能性は極めて少ないだろう。一方JG優先説をとれば、従来の責任概念は答責概念に代置あるいは収斂され、あらためてSGB上の評価を行うことは例外的だといつてよい。まず成熟しているか否かを判断するため、肯定されれば答責であつて通常教育処分が賦課されるだろうし、否定されれば答責でないので福祉的な対応がなされることになる。

ただし、成熟性とは関係しない精神障害等の場合に、JGG 上の答責性が肯定された上で、StGB 上の責任ないし答責性判断が問題となる可能性もないわけではない。その場合は、JGG・StGB 双方の答責性判断が二重に行われることになる。ただ、JGG 上の答責性が肯定される場合は、少年に対する教育処分が、すでに特別予防上の契機を含んでいることが考慮されるだろう。

そうだとすると、内実も体系上の位置づけも異なるこの二つの答責性概念にはしかし、何らかの連結点を生じる可能性がある。

第一点目として、ロクシンによれば、少年に少し“Schuld”が残る場合でも、予防上の理由から、刑事制裁より他の処分による対応のほうが合目的である場合には、(少年刑法上の)答責性を阻却することができるとしている。⁽⁴⁹⁾そして、JGG 三条は責任阻却事由であるだけではなく、答責性阻却事由 (Verantwortlickeitsausschlussgrund) であるというのである。⁽⁵⁰⁾ロクシンは、成人刑法における免責事由についても、減少した“Schuld”が残ることを指摘している⁽⁵¹⁾ので、両者は責任 (Schuld) が肯定される場合でも、答責性 (Verantwortlichkeit) が否定される場合があるという共通点を有しているといえるだろう。

第二点目として、“Schuld”を内蔵するとはいえ、ロクシンの答責性論は、従来の有責性論と比べると、非難や応報といった契機がかなり薄められているとはいえないだろう⁽⁵²⁾か。そしていわゆる予防的責任論は回顧的というよりも、展望的な責任論であるといわれることがある。こうした性質は、少年刑法上の答責性にも同様に当てはまるように思われる。JGG 上、“Schuld”は、“Verantwortlichkeit”にとって代わられ、そこには、非難可能性を稀薄化する含意が看取されるのである。この点、ヤコブスは、更にこの傾向を押し進めているように思われる。⁽⁵³⁾ヤコブスは、責任 (Schuld) を、答責 (Verantwortung) よりも更に非難可能性を稀薄化した、帰属 (Zurechnung) へと意識的に代置しようとして

いるようにみえるが、児童や少年の帰属無能力 (Zurechnungsunfähigkeit der Kinder und bei Jugendlichen) に近づいても同様である。⁽³⁵⁾

- (29) 内田文昭「決定論と予防論—最近の「予防的責任論」をめぐって—」『刑事法学の課題と展望・香川達夫博士古稀記念祝賀』二四二頁(成文堂、一九九六)
- (30) G. zu Dohna, A., Willensfreiheit und Verantwortlichkeit, Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, B. 3, 1906/7, S. 516-517. 但し、ドーナはリストと異なり、応報刑論の主張者であった。内田・前掲論文・二四二頁参照。
- (31) Maurach, R. / Zipf, H., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 1992, §§31-36.
- (32) Maurach, R. / Zipf, H., a. a. O.
- (33) Maurach, R. / Zipf, H., a. a. O.
- (34) 林美月子「実質的責任概念」ジュリスト増刊・刑法の争点(新版)七一頁によれば、ロクシンの実質的責任概念は、「刑罰の目的を法益保護のための一般予防及び特別予防と考え、これらを可罰的評価の最終段階である責任判断の刑事政策的目標として導入し、行為責任つまり他行為可能性を前提とした上で責任を軽減・阻却する方向で、予防の観点から処罰に値するか否かを判断しようとする」ものであるとする。なお、浅田・前掲同書・二二二頁以下参照。本稿では、わが国での理解や可罰的責任論については直接の対象としない。
- (35) Roxin, C., a. a. O., S. 852.
- (36) Roxin, C., a. a. O., S. 858. こうして、規範的責任概念は、規範的答責概念へとさらに発展していかなくてはならないという。
- (37) Roxin, C., a. a. O., S. 853.
- (38) Gropp, W., Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Springer, 2005, S. 260. なお、要罰性や当罰性を含む可罰性の内容については、松原芳博「犯罪概念と可罰性」(成文堂、一九九七)四頁以下参照。
- (39) Gropp, W., a. a. O., S. 261.
- (40) 萩原滋「予防的責任論の批判的検討」岡山大学法学会雑誌第五五卷第一号六六頁以下も、責任の二段階的構成という把握から、責任の所属について体系的な疑義を呈示する。
- (41) Roxin, C., a. a. O., S. 851.

- (42) Roxin, C., a. a. O., S. 859. 従って、非難可能性と答責性の関係は、不法 (Unrecht) との関係における違法性 (Rechtswidrigkeit) の「うなむのであると考えられる」ことになる。
- (43) Eisenberg, U., supra note 13, S. 17.
- (44) 神田・前掲注 (一) 一一五頁
- (45) Eisenberg, U., a. a. O., S. 17.
- (46) Roxin, C., a. a. O., S. 912.
- (47) Eisenberg, U., supra note 13, S. 17.
- (48) Roxin, C., a. a. O., S. 912.
- (49) Roxin, C., a. a. O., S. 913.
- (50) Roxin, C., a. a. O.
- (51) Roxin, C., a. a. O., S. 877.
- (52) 内田・前掲注 (28) ・二五一頁は、「シュトレンクには未だ「非難」・「応報」のモメントが残されているとする。
- (53) 内田・前掲同書・二五一頁参照
- (54) z. B., Jakobs, G., Strafrecht Allgemeiner Teil, 2., neubearbeitete und erweiterte Aufl., W. de G., 1991, S. 521 und passim.

四 私見—わが国の少年司法における位置づけ

(一) ドイツ実体法理論の類推的適用

わが国の少年法には、ドイツ JGG 三条にみられるような少年の責任に関する規定は存在しておらず、審判段階における責任要件の要否に関する議論はあるものの、必要説でさえ、その内実については、成人の責任とどう異なるのかといった議論はほとんど行われていないように思われる。ドイツでは、これまでみてきたように、成人刑法におけ

る伝統的な責任概念とは異なる答責性概念が存在し、「成熟性」という鍵概念によって少年期固有の顧慮がなされている。⁽⁵⁵⁾これに対し、成人刑法の答責性は「予防の必要性」を鍵概念とし、両者は異質な概念ではあるが、非難可能性の稀薄化等共通の発想を有する側面も指摘してきた。

では、このドイツにおける「答責性」概念を、規定を欠くわが国少年司法の解釈に生かすことができるのであろうか。この点に関して、わが国少年司法の鍵概念を一つあげるとすれば、「要保護性」がまず想起される。⁽⁵⁶⁾しかし、要保護性は、一般に少年審判上の概念であつて、基本的には保護処分との関係が重要である。⁽⁵⁷⁾従つて、共通の土俵としては、既に述べたように検送後の刑事裁判における実体法的判断において考慮されるべきであらう。

ここでは、ドイツの解釈から学び、二つの段階において「答責性」判断を導入すべきことを考えてみたい。まず、第一段階では、責任能力が問題となる場面で、精神医学者による鑑定はもちろん、裁判官の規範的判断においても、成人の責任概念をそのまま適用するのではなく、「成熟性」という視点から少年の「答責性」を判断するべきである。⁽⁵⁸⁾たとえ成人であれば適用される「Schuld」が積極に解される場合であっても、少年が、その道徳的、精神的発達に基づいて行為時にその行為の違法性を理解し、またその理解に基づいて行為するために彼又は彼女が十分に成熟していないときは、刑法上答責的でない、として結果的に無罪が言い渡されるべきである。この意味において、「答責性」は刑罰賦課のための要件として確立することになる。⁽⁵⁹⁾ただし、何らかの「精神的・心理的な不完全さ」が認められる場合に、それがその後の成熟によって補われないと認められるときは、成熟性とは関係がないとして一般刑法の責任原理が適用されるべきであらう。

第二段階は、しかし、上記のような一般刑法の責任原理が適用される場合であっても、判断概念として、できるだけ、ロクシン、あるいはヤコブスのような「答責性」ないしは「帰属性」判断を導入しつつ、これを少年法の理念に

照らして特別予防の必要性に収斂し、ここでも、例えば、“Schmitz”が存在する場合であっても、当該少年に特別予防の必要性が無ければ、答責性（ないしは帰属性）を阻却する、という理論を、成人刑法論として考慮することである。

このように解することができれば、少年刑法における実体的判断は、内容豊かで実質的なものとなり、少年に対する刑罰賦課をより慎重に行うことができる。但し、少年に適用される成人刑法論については、成人刑法の体系論にも関係し、論理的には少年に適用される少年刑法論とは分けて議論すべきであろう。それぞれ固有の領域を有しているのであるから、どちらかを採用する、どちらも採用するといった選択が可能であるからである。

ただ、問題は「答責性」の中身である。わが国少年司法においても、ドイツ少年刑法と同様の答責性概念の内実をそのまま認めるべきであろうか。ドイツの議論から導出された仮の定義は、「自ら行った犯罪的行為に対して、自ら応答し得るだけの成熟性」というものであった。確かに、この概念を導入することにより、検送後の刑事裁判においても、少年固有の責任概念を認め、少年法一条に掲げる保護主義の理念も実質化することは期待される。しかしながら、私見によれば、上記の定義では、なお不十分な面もあるようにも思われる。それは、あくまで刑法論として議論されるドイツ少年刑法法の限界にも関連するのである。

(二) あたらしい答責性概念

伝統的な責任原理は、非難可能性をその中心に据え、責任刑はしばしば応報刑と同様に理解され批判されたためか、ロクシンやヤコブス等に代表されるドイツにおける近時の責任論は、むしろ予防や威嚇の作用を中心に責任を捉えてきたように思われる。それは少年刑法における責任の理解についても、予防の必要性から答責性が責任を控制する原

理を認めたり、非難可能性の契機を稀薄化する可能性を認めたりするなど、一定の影響を及ぼしているといつてよい。

しかし、少年法における責任の問題は、刑法が、公法的に犯罪に対して刑罰を科す関係、すなわち「少年刑法」における責任の問題に収斂されるものではない。⁽⁸⁰⁾ 現在、わが国の少年法学においては、健全育成の概念をもって成長発達権の保障と捉え、また法効果も、保護処分はもちろん検送後に予定される刑罰においても、その理念に指導されるとするのが通説である。そうだとすれば、処分賦課の実体法的要件、特に責任概念についても、少年の非行克服に向けての主体的且つ自律的な取組みをも内実とする概念に再構成される必要があるといえるだろう。

わが国に導入すべき答責性概念は、少年が、「自ら行った犯罪的行為に対して、自ら応答し得るだけの成熟性」を有することを前提としながら、自ら行った犯罪的行為を自己答責的に引き受け、それを自らの成長発達に生かす権利を保障すること、をその内実とすると捉えるべきである。

このような考え方が基本的に志向するところは、実は刑法学においてさえ、決して奇異なものではない。すでにアルトゥール・カウフマンは、「責任は、贖罪を要求し、それゆえに有責者は、贖罪によって責任非難から解放され、自己および同胞と和解するのである。しかしまた同時に、このことこそ、再社会化の最良の途でもあり、すでに明らかとなったように、再社会化の際に必要なのは、行為者が自己の答責を引き受け、そして将来においてもこのような方法で自己の行為を克服するようにすることである」と述べている。⁽⁸¹⁾ さらにカウフマンは、贖罪は強制されえず、有罪判決を受けた者の意思に反する「再社会化」は、調教、訓練、折檻以外の何ものでもないとし、再社会化は行為者自身だけがそれをなし得ることであり、行刑においてこの方向でなされることは、刺激を与え、勇気づけ、援助することである、と論じているのである。⁽⁸²⁾ 本稿では贖罪に関する深い法哲学的議論を行う余裕はないが、ここでは、

すくなくとも再社会化との関係において、自己答責の引き受けが（非行）行為の克服や責任非難からの解放をもたらすこと、さらには自己のみならず同胞との和解に関する言及が、修復的司法の可能性までも示唆する内容となつていくことに注目すべきであろう。

カウフマンが、刑罰をもつて自己および同時代の人々と再び精算するチャンスと捉える見解⁽⁸³⁾をもう一步進め、これを少年の成長発達権保障の具体的場面として把握し、答責を自ら引き受ける権利として構成すべきである。仮にその内実をカウフマンのように「贖罪」と捉えたとしても、権利論なのであって、強制される性質のものではなく、その引き受けは、あくまで少年本人の自由である。このような考え方に対しては、責任の所在を少年の随意に任せることであつて、正に少年の「無責任」を招来するものであるとの批判が予測されるが、一方的に与えられる「再社会化」要求は、調教、訓練、折檻以外の何ものでもないというカウフマンにおける前述の再批判が妥当であるであろうし、それは何より、「責任」という問題に関する、片面的な見方であるといえるのである。つまり、「責任」には、非難を加えたり、予防効果を含めたりといった、否定的な側面以外の、もう一方の重要な側面があるということである。それは、ある人が社会の中で、一定の役割や存在意義を担うための一定の「地位」又は「立場」を付与され、承認されるという側面であり、「responsible」で「verantwortlich」な存在として、積極的且つ肯定的な意味づけが与えられる場面なのである。社会復帰論を考える際には、対象者をこのような、いわば「応答的地位」のある存在として承認することが、従来の公法的で一方的な責任の賦課の論理から脱却するための鍵となるのではないかと思われるのである。そして、ドイツにおける「答責性」の概念は、こうした次の段階へ発展していけるための素地をもっているといつてよいだろう。

- (55) 周知のように、わが国では「可塑性」という言葉が好んで用いられるが、責任に関する法律用語ではないうらみもあって、論者によってニュアンスが異なっているのが現状であろう。特別予防的な側面から答責性論とも関係する可能性もあるが、今後の研究の進展を待つほかない。
- (56) 澤登俊雄「少年法人門〔第3版〕」一四二頁以下参照(有斐閣、二〇〇五)
- (57) 要保護性と答責性との関係はなお検討が必要である。
- (58) 現にこうした点を意識的に押さえた上で鑑定や裁判がなされているか否かを、裁判例を分析して検討するべきであるが、別稿に譲らざるをえない。
- (59) マウラツハの構想に倣い、保護処分賦課と刑罰賦課の双方に通有する要件として体系化することも考えられるであろう。
- (60) ドイツにおいて、「教育思想」が強調されなければならないのは、逆にこの少年刑法としての限界が意識されざるを得ないからではないかと思われる。
- (61) アルトール・カウフマン(甲斐克則訳)「責任原理 刑法的・法哲学的研究」四三三頁(九州大学出版会、二〇〇〇年)
- (62) カウフマン・前掲同書・四三二頁
- (63) カウフマン・前掲同書・四三一、四三二頁

おわりに

以上不十分ながら、本稿では、刑法と少年刑法とが交錯する場面を素材として、ドイツにおける刑事責任能力と答責性概念について概観した。基本的に、少年刑法と成人刑法が競合する場合は JGG 二条の規定から少年刑法が優先的に適用されるべきであり、それは原則として JGG 三条と StGB 二〇、二二条の場合も同様に解されるべきであることを論じた。そして、JGG 三条が優先されるのは、少年期特有の問題を顧慮した、答責的成熟を中心にした答責性概念が、成人刑法論における責任能力判断の前提となっており、そのことが少年刑法論において決定的な位置をしめ

ているからであった。そこで次に成人刑法における答責性論と少年刑法における答責性論を不十分ながら検討したが、責任論全体にわたって予防の必要性を顧慮する前者の答責性に対し、後者では責任能力の判断に収斂された概念であることが明らかとなった。

答責性概念をわが国の少年法議論に積極的に導入することは、検送後の少年にとつて、単に成人の責任概念のみに基づいて取り扱われた場合よりも、少年期特有の問題を考慮に入れた取り扱いがなされるという意味で、少年法第一条に謳われた理念に合致するものであるといえるだろう。とりわけ、いわゆる原則逆送制度が導入された今日では、検送率は増加傾向にあり、刑事裁判の場面における、少年の更生への権利支援へ向けた制御原理が必要となるところである。そこでは私見で述べたように、JGG 三条の規定を類推的に適用し、「成熟性」を鍵概念として少年の答責性判断を行うとともに、成人刑法が適用される場合であっても、特別予防の配慮から答責性を阻却する方向性を探るという二段階の制御が考慮されてよいだろう。ただ、この「答責性」概念は、ドイツの議論における成熟性を前提にしながら、「自己答責の引き受け」によつて自らの成長発達を導く権利として構成され、積極的且つ肯定的な「応答的地位」を保障するものとしても把握されねばならず、答責性を阻却される場合が常に少年の最善の利益に適用とは限らないときもあるという点には注意しておく必要があるだろう。

もっとも、本稿でみた答責性概念は、わが国では主に検送後の犯罪少年について当てはまる問題にすぎない。保護処分が予定される少年に対して要保護性を主に問題にしている現状からは、保護手続段階における答責性概念の導入可能性については、今後なお慎重に検討する必要がある⁶⁴。しかしながら、少なくとも刑事手続段階においては、責任という点で特別な考慮を必要とするという理由から、少年には成人とは異なる実体法概念が用意される、という考え方も可能であろう。そしてそのような考え方に沿つて、少年法上に答責性概念を取り入れた規定を設けることにより、

少年法上の手続法的規定とも整合性を持ち得るものと考えられるのである。

(64) 答責性の概念は、究極的には保護処分に関する責任能力の要否に関する議論にも示唆を与えるものであると考えるが、この問題に
関しては今後の課題としたい。