

(紹介)

H. L. A. ハート著「刑罰と責任」

H. L. A. Hart, Punishment and Responsibility—Essays in the Philosophy of Law, Oxford University Press, 1968, pp. 271.

庭 山 英 雄

田 中 嘉 之

(弁護士)

1 本書の著者 H. L. A. ハート (Herbert Lionel Adolphus Hart) は、1952年以降、オックスフォード大学の法理学教授 (Professor of Jurisprudence) の地位にある。著者には本書のほかに、法・強制・道徳の関連点と相違点を分析した「法の概念」(The Concept of Law, 1961, 1963年に紀伊国屋書店から翻該版が出ている)、日常思考に潜在している因果関係の考え方を分析してこれがいかに法的因果関係の考え方に反映しているかを論じた「法における因果関係」(Causation in the Law, 1959) などの著書や、「実証主義と法とモラルとの分離」(Positivism and the Separation of Law and Morals, Harvard Law Review, Vol. 71, 1958) を始めとする数多くの論文がある。したがって著者は、わが国の法哲学界には、現代分析法学派の代表的な学者として、つとに知られている。

本書は、著者が過去に雑誌論文などとして発表した刑事法哲学の分野) 主として刑罰論と責任論) に属する九編の論文を集成し、最後に詳細な注を付したものである。著者の刑事法哲学の分野における研究業績として

は、この他にも、刑事法の機能が道德の強行にあるとするデブリン (Patrick Devlin) らの主張に対する反論を展開した「法・自由・道德」(Law, Liberty and Morality, 1963) や「刑法の道德性」(The Morality of the Criminal Law, Hebrew U. P. and Oxford U. P. 1965) がある。このうち後者についてはすでに大谷実・同志社大助教授の手になる詳細な紹介(判例タイムズ253号47ページ以下)があるので併せ読みたい(なお参照、清水征樹「道德の法的強制に関する H. L. A. ハートの見解」同志社法学115号)。

さて本書は九章から成るが、本書の構成を知るために序文の要旨を予め見ておこう。著者は「これら九論文は過去10年間に書きためたものであるが、各テーマ間に全く関連性がないわけではない。まず1・2・3章はメンスリア理論の根拠に関連するものであり、ついで4・5・6章は刑事責任の特殊条件の分析に関するものであり、さらに7・8章は刑法が責任についての知的要件なしで済ませうという主張を論駁したものであり、そして最後に10章は『責任』と『応報』との区別を論証しようと試みたものである」と述べている。以下章別に内容を検討してみよう。

2 第一章は、「刑罰の原理序説」(Prolegomenon to the Principles of Punishment) と題する論文であり、1959年に「アリストテレス学会」の会長演説として発表されたものである。

この論文は、刑罰制度をめぐる議論がどういう問題をめぐる議論かを明確にし、刑罰制度が犯罪の予防 (deterrence)・応報 (retribution)・犯人の矯正 (reform) などの単一の価値ないし目的によって一元的に説明し尽くせるものではなく、実は、部分的に対立関係にあるいくつかの別個の原則ないし原理間の妥協の所産にほかならないことを説くものである。

すなわち、著者によれば、刑罰に関する問題には、①刑罰を科することを正当化するのは何か、②誰に刑罰を科し得るか、③どれ程重く罰するか、という三つの問題があるのに、従来の議論は、これを単純化しすぎる傾向があったという。①の問題について応報説・功利説(予防説)のいず

れの立場を採るにしても、それから論理必然的に②についての解答が出てくるものではないという。正当防衛 (justification)・容赦事由 (excuse) は②に、減輕事由 (mitigation) は③にそれぞれ関係する原理であり、「同様の事案は同様に取扱うべし」および「重大さの異なる犯罪は同じ重さで罰すべからず」の原理も③に関係する原則であるが、以上の原理・原則は、いずれも①の一般的正当化目的とは別個の（個人に対する）正義又は公平の要求から出てくるものであるとする。

「矯正」や「刑罰の個別化」のめざすところは「異なる犯罪は同様に罰すべからず」との原則と衝突する。矯正は、刑罰の一般的正当化目的に代わるものでなく、刑罰の体系内において、正義の諸原則及び刑の均衡を修正し放逐する。よって、矯正が刑事法の体系内で支配的地位を占めるべしとの主張は矛盾であるという。いかなる時点においても、社会全体は（一）法を破った者（二）将来破るおそれのある者の二集団に分け得るが、矯正を支配的目的とすることは、（二）の集団に対する抑止の効果を断念することだからである。かくして著者は、刑事法が矯正処分を取り入れているのは、矯正措置が含んでいる（自由の剝奪に伴なう）不名誉が刑罰の威嚇力と同等の犯罪抑止力を持ち得るとの信念からであると結ぶ。

3 第二章の論文「法的責任と容赦事由」(Legal Responsibility and Excuses) は、1958年に発表されたものであり、何故容赦事由へ錯誤・心神喪失などの責任阻却事由) がみとめられているかという疑問に答えている（この問題は第一章第四節でもふれられている）。

この問題に対し、応報説は、容赦事由が存する場合は道徳的非難可能性 (moral culpability) がないから罰することができないのだと答え、功利説は、刑事法によって宣言された刑罰の威嚇力が（最少の苦痛の犠牲による法の維持の確保の上で）効果をおさめるのに必要な条件が欠けているからだと答えてきたが、著者はこれらの考え方を批判し、次のように述べる。すなわち、「容赦事由が認められていることによって、各個人は、第一に、刑事法のサンクションが自己に適用される蓋然性を予測する可能性

を最大限に保障される。第二に、刑罰という犠牲を払って満足感を得ることと法に従うという犠牲を払って満足感を得ない結果に終ることとどちらが高価かを測ることが可能になる。第三に、(刑事法のサンクションが適用される場合) 刑罰の苦痛は、各個人にとって、法に違反したことから得られるある種の『満足感』を意味する」と。従って、容赦事由は犯罪に対し最大限に保護を受けたいという社会の要求から個人を保護する機能を営むものであり、これが責任阻却事由に加えられることによって初めて、刑罰は法の強制的な枠の中で個人の自由を最大限に保障する社会統制 (social control) の手段となるとする。こう考えて初めて民事法における法律行為無効化事由 (conditions that are treated as invalidating certain civil transactions) と容赦事由との類似性が理解できると著者は説明する。

4 第三章の論文「謀殺罪と刑罰の原理：英国と合衆国」(Murder and the Principles of Punishment : England and the United States) は、1957年に執筆されたものである。第一節では英国における死刑廃止運動史を素描し、第二節では謀殺罪に対する英法・米法両法制の相違を検討し、第三節では、謀殺犯の統計的比較をしている。特に興味を惹かれるのは、それに続く第四節以下の所説である。

死刑が懲役刑とは比べものにならない抑止力を持つ証拠は何かという問題は、死刑を廃止すべきか否かという問題の根底に横たわっている基本問題だと考えられているが、このような考え方は実は(刑罰には社会を害悪から防衛する力があるとする)功利的見解を前提にしているものである、と著者は理解する。ところで「死刑は社会の防衛に必要である」との命題の証拠として第一に挙げられるのは、死刑存続国と廃止国ならびにある国における廃止前と後との統計的比較であるが、この場合、人口や社会的・経済的・心理的条件の違いを考慮しなければならない。そしてこのような統計的証拠からは残念ながら「死刑が懲役刑に優る犯罪抑止力を有する」という証拠はない、という結論しか出てこない。第二に挙げられるのは、「人

は他のいかなる刑罰よりも死刑を恐れるから、死刑は懲役刑よりも強い抑止力を持つ、という常識論であるが、実は死刑の存在は殺人犯にとって現在の死を意味しない。つまり逃亡の可能性のあることが死刑と懲役刑との抑止力のちがいを相当程度なくしているという。殺人犯の大部分は、精神状態は正常であるが殺人を犯した場合払わなければならない対価を計算しないか、あるいは精神錯乱状態にあって対価の計算能力そのものを欠いているかのどちらかである。一方、国家が死刑を行なうことは人命尊重の念を低下させるというマイナス面もある。著者によれば、英国では、①死刑は被告人のみならず関係者にも甚大なる苦痛を与えるものであるから何か善なるもののためにのみ忍ばるべき悪であるが、善なるものをもたらすという確たる証拠がない、②死刑は執行してしまうと取返しのいかないものであり、実際、罪なき者に対し執行される危険性は無視できない、③裁判所が死刑を宣告しても、執行延期令状 (reprieve) によって行政権が絶えず干渉し、死刑の宣告を受けた者のうち約半数しか執行されない。以上の理由から、1957年の殺人法 (Homicide Act) によって、窃盗実行中に行なわれた謀殺等5種類の謀殺以外については、死刑は暫定的に廃止されるに至ったと著者は説いている。

5 第四章の論文「意思による行為と責任」(Act of Will and Responsibility) は、1960年に発表されたものである。

この論文においては、著者は「行為が自発的意思によるもの (voluntary) であることが状況の認識 (knowledge of circumstances) と結果の予見 (foresight of consequences) の外に加わる責任要素である」という——ジョン・オースチン (John Austin) 以来主張されている——原則を検討する。たとえば、自動車運転中蜜蜂の大群に襲われて反射的に筋肉が収縮した結果コントロールを失い事故を起こしても無罪とされるのは、この原則があるからだという。通常の行為とこの行為とどう異なるかについて、オースチンは、筋肉を収縮させようという意欲 (desire) によって筋肉が収縮したか否かのちがいだと説明したが、著者は、これは、「筋肉

収縮の意欲→収縮→予見された結果」という18世紀的行動理論にもとづく説明であって不当だと批判し、右のちがいは実は「自己の筋肉の運動に対する意識的コントロール (conscious control) を有しているか否かの点にある」と述べる。このコントロールを欠いている場合には、単なる状況の認識や結果の予見を欠いている場合より、はるかに重大な異常性があり、それはもはや「人間の行為」とはいえないから、裁判所はその場合、「法の規定する行為（たとえば、『運転』）にあたらない」として処理するのでなく、それ以前に人間の行為でないとして処理すべきであるとする。なお、こういう事案は犯意 (mens rea) —故意・過失—を欠いており、犯意なしとし無罪とすることもできるから、この原則が重要性を持つのは、犯意がなくとも罰せられる厳格責任 (strict liability) 犯罪の場合だけであるとつけ加える。

6 第五章「故意と刑罰」(Intention and Punishment) は、1967年に発表されたものである。

法が犯罪の要件として故意を要求しているのは何故か、法は何故故意による行為を重く罰することになっているのか——この問題に（応報説・予防説などの一般的刑罰論はしばらく置いて）経験主義的方法でアプローチすると、（一般的刑罰論を適用しなければならないシチュエーションにはきわめてヴァリエティーがあり）一般理論を念頭に置いて考えた場合には浮かんでこない問題が浮かんで来て、応報・予防の概念を更に洗練しなければ説明のつかないシチュエーションの存在することがわかる、として著者は試みに障害未遂が何故罰せられるかという問題にアプローチしてみせる。従来予防説は、未遂を罰しても刑罰の威嚇力は増大しないから未遂の処罰は不要と説いてきた。予防には一般的予防（犯罪の誘惑にかられている者すべてに対する抑制）と個別的予防（犯人の再犯の抑制）との二面がある。ところでこの問題を個別的予防の面からみると、未遂を罰することは、犯人に対し刑罰の威嚇力を一層意識させることになるから再犯の予防に役立つ。一方、一般的予防の面からみると、①未遂に終わった場合罰せら

れないのならあえて処罰の危険をおかそうと考える者がおり、②未遂に終っても罰せられる場合（たとえば反逆罪）もあり、いずれにしても未遂を罰することは犯罪の予防に役立つとする。

以下同様な手法で、未遂より既遂が重く罰せられるのは何故か、過失犯が例外的にしか罰せられないのは何故か、過失犯の刑が結果の重大さに比例しているのは何故か、の問題についても検討を行なっている。

7 第六章「過失・犯意および刑事責任」(Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility) は、1961年に発表された論文である。

この論文では、「過失を刑事責任の基礎として認めることは厳格責任を認める体系への転換を意味する」「過失に程度の差があると考えすることはナンセンスである」等の主張の検討がなされている。「過失」とは、行為者が普通人 (ordinary reasonable man) ならば守ることができ、かつ守るであろう行為の規準 (standard of conduct) に従い損ねたという事実を指す語であり、ある行為をする者のその結果に対する注意を全く払わない精神状態を意味するものではない。したがって、過失にも程度の差を考えことができるとする。「重過失」(gross negligence) とは、結果が発生しないように払うべき注意が肉体的・精神的能力の乏しい者でも払えるような簡単なものである場合である。また、過失犯が罰せられることになっても、そのこと自体が厳格責任の体系を採ることにはならない。①被告人は普通人ならば誰でもそういう状況中で払うと思料される注意を払うのを怠ったか、②被告人の精神的・肉体的能力をもってすれば、そういう注意を払うことが可能であったか、の二者は区別さるべき問題であり、①の問題が積極的に答えられれば足りるとされる場合、つまり、行為の「客観的規準」(objective standard) が採用される場合が厳格責任の採られる場合である、とするのである。

8 第七章の論文は「刑罰と責任の除外」(Punishment and the Elimination of Responsibility) と題し、1961年に発表されたものである。

この論文では、著者は、古い後向きの刑罰観（道徳的な悪をなした犯人

に対する当然の報いが刑罰であると考える）と、新らしい刑罰観（犯罪の減少と犯罪人から社会を防衛することが刑罰の第一次的機能と考える）との、英国における葛藤について述べ、古い刑罰観を批判し、新しい刑罰観においても責任概念が放逐できないものであることを主張している。すなわち、著者は犯罪の成立要件として犯人に法を遵守する能力があったことが必要である、刑の重さは犯罪とつりあいのとれたものでなければならぬ、との二点を否定する責任除外の考え方を批判し、その理由を四つの方向に展開する。①自己の行動を法に合致させる能力と公平な機会（fair opportunity）を持たない限り、その行為者を罰すべきではない。②法のサンクションを自発的意思による行為か否かによらしめる体系は、個人が自己の選択により運命を決定する力と、法の干渉から自由な空間を予め知る力と、を最大限に保障するものである。③このような体系は自己抑制（self-restraint）という社会的美徳を涵養するのに有効である。④人間の行為の主観的要素は、その表現たる肉体の運動や結果よりも、（社会的関係にとり重要性を持つという）人間性の現実にも合致する。

9 第八章「責任概念の変遷」は、1964年、エルサレムのヘブライ大学における講義を印刷に付したものである。

この論文は、バーバラ・ウットン（Barbara Wooton）らの提唱にかかる、責任概念放逐論を批判している点では前章の論文と重複しているが、前章の論文が責任概念が放逐すべからざるものであることの理由を述べたものであるのに対し、本論文は新らしい前向きの刑罰観における責任概念の再構成を主張したもので、その点に特長がある。著者自身この責任概念を、「隠健な新理論」（moderate form of new doctrine）と呼んでいる。

犯意の有無は、精神異常に関係している場合を除き、責任の必要条件として有罪決定（conviction）以前に決しなければならない。精神異常であったか否かは有罪決定後に考えられ、しかも過去の精神状態よりも現在の精神状態の方に関心が向けられる（過去の精神状態は、精神異常の性質の

補助的な証拠になりかつ適切な措置が何であるかを示す限りにおいて適切であるにすぎない)。被告人が精神異常であることについての適切な直接証拠が提出されたなら、裁判官は「責任」の考え方を棄て「強制的治療措置」を考えなければならない。これは、実は、減輕事由としての心神耗弱と免責事由としての心神喪失とを廃止して、1959年の精神衛生法 (Mental Health Act) 第60条の規定を全犯罪に及ぼすべしとする考え方である。

著者が何故にこのような見解を主張するかといえは、それは、殺人のような社会の安全を脅かす重大な犯罪を犯しても、罰せられもせず、強制的治療も受けず、監視もされないという従来 of 法制は、正義の原則のために余りにも高価な代価を支払うものであるという点にある。被告人に行為制御能力があったか否か、の問題は、本人と神以外の何人も入りえぬ意識下の問題であって容易に決することができない。それを決する明確な規準は何もない。さりとて、ウットンらの説く責任概念放逐論は、個人の自由に対する官憲の介入を大巾に増大し、何時介入されるかの予測を著しく困難にして、個人の立場を極めて不安定なものにする、と著者は説明する。

10 最後の第九章のうち、第一部の「責任」の概念の分析は1967年に発表されたものであり、第二部の「応報」の概念の分析は本書のためにとくに書下されたものである。

著者の分析によれば、「責任」には、コンテキストに応じて次の四つの意味があるという。

- ① 「役割」(「船長は船の安全に対する責任がある」)
- ② 「原因」(「首相の演説が恐慌に対し責任があった」)
- ③ 「義務 (liability)」(「Xはその行為(結果)に対し責任がある」＝「Xはその行為のために罰せらるべき義務を負っている」)
- ④ 「能力」(「Xはその行為に対して責任がある」＝「Xはその行為時に一定の普通 of 能力(理解能力・推論能力・行動制御能力)を有していた」)

「応報」についても次の三つの意味が区別されんとする。

- ① 自発的意思により何か道徳的に悪いことをしたときに限り刑罰を科すること。
- ② 刑の重さを罪の邪悪さ (wickedness) に比例させること。
- ③ 自発的意思によりなされた道徳的悪に対し苦痛をもって報いることはそれ自体正当であり、道徳的に善であるということ。

11 以上が本書の所説のあらましである。本書の所論の中で最も興味を惹かれるのは、刑事法を経験的・機能的に考察し、社会を犯罪から防衛する必要と、(かかる公共の福祉の追求から) 個人の自由を防衛する必要とをいかに調和させるか、という観点に立って立論している点である。著者の所論の基調をなしているところであるが、現代社会は、その好むと好まざるとにかかわらず、道徳的には複数の社会であって、そこに単一かつ均質の社会道徳があるわけではない。したがって、ある倫理的・道徳的な視点のみから刑事法上の問題を論じ、または刑法を実際に運用するときには、その者個人もしくは所属社会階層の倫理・道徳を押しつける——法の強制力をもって——危険性が多分にある。かかる視点から、いたずらに原則を立てることなく、経験的に、問題の具体的解決を志している。この意味で著者の理論はきわめてリベラルな機能的考察とすることができる。

12 ここでやや場あたりの感を免れないが、西ドイツの刑法理論家ワルター・ザックスの所論 (Walter Sax, *Kriminalpolitik und Strafrechtsreform*, *Juristenzeitung*, 1957, S. 1f. その邦語訳として拙稿「ワルター・ザックス・刑事政策と刑法改正」中山研一・宮沢浩一共編『犯罪学リーディングス』所収参照) との簡単な比較をしておこう。ザックスの「刑罰と責任」に関する考え方はほぼ次のようである。

——従来刑罰とは国家による応報的強制手段だとされ、刑事政策的には社会防衛に役立つと解されていた。しかしこのような、応報こそ刑罰の具有する、事物の本性、だとする考え方は正しくない。なぜならそこには、国家機能の倫理性に対する楽観的信仰があるからである。1945年以降時代

は大きく移り変わった。刑事政策は文化政策の一環として、国家利益を越えた普遍的な価値哲学によって基礎づけられるべきである。刑罰理念を支えるこの哲学とは、犯罪者をも一個の人格（倫理的自律的主体）として捉え、犯罪者を他人を威嚇する道具の地位におとしめないという基本的思考である。ここでは刑罰は、犯罪者をして自分の責任について自発的に贖罪せしめる機能をもつこととなる。このような刑罰理念においては、責任とは、自ら贖罪の素質を見いだす倫理的能力への呼びかけである。要するに刑罰とは、人格的決断に対する「倫理的非難」であり、責任とは「義務観念の高揚」にほかならない。

これに対し本書の著者ハートは、刑罰は応報・予防・矯正など諸原理の妥協の所産であるとし、それらのいずれか単一の原理で刑罰を説明しつくせるものではないとする。ハートが応報をきびしく拒否していないという点では、ザックスの見解とは明らかに異なる。

つぎの責任阻却事由の説明のところでは、むしろ両者の志向の近似性を感じさせる。すなわち、ハートによれば、責任阻却事由は法の強制的な枠の中で個人の自由を最大限に保障する機能を営んでおり、このような柔軟な装置をもつことによって社会統制手段としての刑罰も有効に機能するとする。ハートは刑罰をソーシャルコントロールのための道具と規定しながら、その中で個人の人權保障を最大限に追求している。ここにはザックスが、犯罪者をも人格の荷い手として能うかぎり保護しようとするのと同じの志向が見られる。

ハートの「責任観」もその延長線上にある。ハートの刑罰観が、犯罪の予防と犯罪からの社会防衛とを第一次的に考える機能的刑罰観であることについてはすでに触れたが、この刑罰観においても責任概念を放逐することはできないとして、すでに記したごとくその理由を四つ挙げる。そこから類推される責任概念は、自己の行動を法に合致させる能力と機会とを前提とする一種の意思自由論である。しかしザックスのように哲学的かつ一義的な価値概念を求めず、機能的に四つの場合を考える。役割、原因、義

務、能力がそれである。ザックスが大上段にふりかぶって、責任とは「倫理的能力への呼びかけ」と唱えるのに対し、ハートはごく地味に、実際的な分析を行なうにとどめている。前者の理念的な思考方法に対して後者の実際的なそれがいかにも対蹠的である。

13 われわれがこの書を読んだのは、実は、公害問題に対して刑法はいかに対処すべきか、を学びとろうという意図があったからであった。この点につき本書からいくつかの教訓を学んだ。ことに実践的な責任概念の分析は応用性に富む。もちろん、ザックスのような大陸法的思考からも教訓は引き出せるが、ハートのそれはより実際的であった。両者いずれの立場に立っても、刑法による公害のコントロールが全く無意味とはいえない、というのがさしあたっての結論であった。しかしながら、なお両者の基本的思考方法の中に一つの大きな欠陥があることを指摘しておかないわけにはいかない。それは社会構成員のいずれもが等質・等量の自由を享受していることを当然の前提として立論を行なっているという点である。哲学的と経験的との差はあれ、この点について両者に違いはない。この「陥穽」に気づかぬかぎり、実際に人間の自由を回復する刑法理論の構築は不可能であり、刑法による公害のコントロールもまた実効性を欠くといわなければならない。われわれは昨年夏以来、何度か会って本書の内容について討論したが、大陸法的思考になじんでいるわれわれの頭には、卒直に言って親しみにくい内容であった。その結果頭初の予定に反して、論旨の紹介と大雑把な所感とにとどまり、章別の具体的検討は他日を期することとなった。読者諸賢の御寛恕を乞いたい。ただ、第八章のみは、わが国における現下の緊急課題たる保安処分に関係するので、注目する必要があることを一言付言しておきたい。