

自由意思の幻想

富田 敬 一

一

十余年前、非決定論に対するきびしい批判のうえにたつて、ソフトな決定論を提唱されたのは平野教授であった。^(一)その後しばらく論議が交されたのは周知の通りである。^(二)その論争は、問題が刑法学の根底にかかわるものであるだけに、示唆するところの多いものであった。筆者も、きわめて素朴なあるいは幼稚な感覚からして通説的な非決定論には納得しきれぬものを感じていたものである。

もともと全く証明のつかないことを、自己の責任を問ひ、あるいは他人の功績を讃えるためならばともかく、人を非難するための前提としてその存在を断定するのはおかしいのではないか。そして、もっとも自由意思の存在というものを確信できる人が、あるいはこれをうんぬんしやすい人が、もっともこれを確信しがたく、言いがたい人に対してこの断定を下しているのではないか。このような断定がさらに、人格形成ということについてまで責任を問う前提とされるとき、論者達のまさに自己にきびしい高潔な人柄にしてはじめて生まれてくる発想であることは確かと考

るが、それはしよせん処罰される側に立つことがありえないものの発想でしかないのではないか。あるいは、自由意思論が単なるつじつまあわせ、それも現状（現行法）肯定のつじつまあわせのために持出されているのではないか。もちろん、つじつまあわせ自体、処罰に、安定、一貫性、公平、それなりの合理性をもたらすものであって決して全く否定されるべきものではないが、自由意思は単なるつじつまあわせの便宜だけで終始してはならない問題領域ではないか。刑法は社会のひずみを隠蔽し、その犠牲を切りすてるように機能している面もあるであろうし、階級支配の道具である面もあるだろうし、政治的権力維持の道具となってきたこともあるであろう。その点を人々にどこかで直視させなければならぬのに非決定論は倫理的色彩をもっていたずらに刑法を美化しているのではないか、等々の疑問を有していたのであった。このような感覚からすれば、平野教授の所説が大きな魅力をもって目に映じたのは当然のことであった。

しかしソフトな決定論にも、論争の過程でも明らかにされたように問題がないわけではない。そこであらためて平野教授の所説と、最も根源的な反論であったと考えられる中山教授の所説を中心に自由意思の問題を考えてみようと思いたった。

- (一) 平野龍一「意思の自由と刑事責任」尾高追悼論集（自由の法理・昭和三八年）
(二) 批判派、中山研一「刑事責任と意思の自由」法学論叢七七卷三号（昭和四〇年）・中義勝「刑事責任と自由意思論」刑法雑誌一四卷三・四号（昭和四一年）・小野清一郎「フランス刑法学における責任論（二・完）」ジュリスト二九九号（昭和三九年）・大谷実刑事責任の基礎（昭和四三年）。支持派、所一彦「刑の量定の基準」ジュリスト三二三号（昭和四〇年）・井上（正）「現代における刑罰思想」現代法と刑罰（昭和四〇年）

二

まず平野教授の通説に対する批判をやや詳細に要約してみよう。通説は、人は行為に関する意思決定につき、経験的人格と環境（刺激）によって決定されながらも一定の幅の選択の余地が残っており、その範囲内で因果的な支配をうけないで選択を行う自由を有する。違法行為を行なった者が適法行為への意思決定を選択する自由があった限りにおいては、これを非難できるとし、しかしまた意思決定の環境と人格とによる因果的被決定性と、人格の因果的被決定性（もっとも人格についても素質と環境によって決定されつつ決定する人格形成の自由ということをもとめるが）からして、刑法、刑罰が犯人、一般人の人格に働きかけることにより犯罪を予防できるとする。これが少くとも我国の通説であったし、現在もそうだと考えてよいであろう。

これに対し平野教授は、非決定性ということが自由であるとするなら自由とは偶然をいうにすぎなくなるではないか、偶然の出来事には非難は生ぜず、また、非難のもってゆきどころがない。さらにそのような因果律をこえた自由というものをみとめる限り、刑の執行等において人格に非難をもって働きかけようにも不可能ということにならざるをえず、刑罰は絶対的応報刑であるほかはないことになる。すなわち、決定されない部分に対し、決定されない限度において刑罰を加えようとするものだから、とされさらに次のように批判を展開された。

かりに刑罰は決定されうる部分に対し効果をおよびそうとするものなら、それは行為の選択をした主体に対するものでなくなるからにはや保安処分、もしくは威嚇処分でしかなくなるであろう。また、因果律をこえた自由について

は、あるかないかだけであって従って責任の量というようものは考えられないはずである。もしそのようなものが考えられるとしても、犯罰性を有する者ほど自由が少いということになり、責任を軽くしなければならなくなるであろう。

この点を救うために人格形成責任ということを主張するなら、それはもはや行為刑法——行為責任の原則を破壊するものであり、一体どこにどこまで自由があったかよいよわからない人格形成につき、権力の名においてきびしい応報非難を行うとすれば、新派と旧派の短所のみをあわせたものといわざるをえない。人格形成責任論は、逆に、自己の有責な環境選択によらない人格形成環境が異常なときには責任軽減する方向にも働くとするが、ほとんど常に正しく人格形成ができたはずだ、そのような悪環境からぬけ出しえたはずだといえるのであって實際上、人格形成責任論が刑の減輕の方向へ働くことはないであろう。

それはともあれ、もしかような無原因な自由というものを前提としてのみ非難——責任——刑罰がありうるのなら、すべてを理解することはすべてを許すことにならざるをえなくなるから、犯罪原因が究明されるにつれ刑法の存在する余地はなくなっていくほかはないが、それでよいのか。なるほど、人間についての経験的な知識に乏しい現在では、理解できないがゆえに処罰する領域を考えうるとしてもわれわれはなるべく理解した限度だけで処罰するよう努力すべきであり、責任、非難、応報などの観念にあまりに強度の道徳的な重みをもたせることをつつしみ、自由の拘束という重大な物理的な力をもたぬ非難である刑罰は、少くとも犯罪防止に効果のある限度においてのみもちいられるべきではないか、と大要以上のような批判が行なわれたのであった。

しかして、平野教授は、自由であるかどうかは、決定されているか、決定されていないかの問題ではない、自由であるかないかは何によって決定されているかによるのである、として以下のようなソフトな決定論を主張された。人間の意思も、自然の法則に支配されているが、刑事責任とは、誰を非難すべきか、誰を処罰すべきかという実践的な問題であるから、非難や刑罰がそれを受ける者やその他の人々の納得するものであるとき、そしてそれは同時に非難や刑罰が有効なときであるが、そのとき自由があるとしてよいことになる。

かくして「わたくし自身」によって、すなわち自己の規範的心理の層に決定されているときその意思決定行為を自由であるとして非難をすることができ、その非難は規範層にむけられ、これを条件づけるものとなり、同じ事態がふたたび起ったときに同じ行為がくりかえされるのを防止する効果を生ずる。そして意思の自由に関するこのような理解は、我々が自由の意識、責任感、主体性、後悔と呼ぶ感覚にも一致している。たとえば確信犯人が純粹に義務の意識のみにもとづいて行動するとき彼は自由を意識していないであろうか、主体的に行為していると感じているのではないか。自己の規範意識に従って行動するのだという意識がすなわち自由の意識であり、これが主体性の感覚につながるのである。確信犯人には主体性がないといえれば確信犯人に対する侮辱であろう。後悔あるいは責任感というものも、自己の規範的人格層のあやまりというものに対する非難と、こんなことは絶対にふたたびくり返すまいという決意、そしてその両者をつらぬく自己という人格の同一性の意識なのではないであろうか。

このように、非難とは、一定の違法な行為をみちびいた行為者の規範的人格の層に対してそのあやまりに対する判断を社会が行為者に伝達し、その規範意識にうったえ、そして同じような事態の下で同じような行為をしないように

条件づけるためのものなのである。さらにその非難はその者と同じような人格をもつものに対して有効な条件づけとなるのである。行為の行為者の規範的人格層へのむすびつきかたが直接的であるほど自由が大きいわけであるから、非難や責任の量が大きくなるということになる。また非難すること、責任を問うことの効果という観点からみても、規範的人格層に行為のむすびつきかたが直接的であるほど、その行為は規範的人格層の欠陥を、あるいは不備を示すことになるから、より一層強く非難するという必要があり、非難あるいは責任の量が大きくなるということになる。すなわち、原則として人格相当であるほど、言いかえると規範的な人格の層の規範に相当であればあるほど責任は重くなる。行為がその人格の必然的な表現であればあるほど責任が重くなるという性格論的責任論ないしは実質的行為責任論というものがここに提唱されることになるのである。そしてこの性格論的責任論からすれば、結局は規範的人格層のひずみといったようなものを非難することになるのであるが、しかし人格責任論のごとく人格を直接非難するものでなく、また人格の深みに立ち入ってこれを非難の対象とするわけではなく、あくまでも行為にあらわれた限りでの性格を非難することにとどまるものであるとされるのである。

大要以上のような主張が平野教授によってなされたのであるが、これは一箇の主張にとどまるものではなく、英米の倫理学では通説とされている。^(一) 規範的人格層を中心にしたソフトな決定論の一つの根拠として、最近の犯罪学においてこの面の重要性がクローズアップされているということがあげられている。これらの規範層がすでに決定しつつくされているとなると、非難が可能かどうかということに関しては、「そうだった理由はどうであれ人は自己の規範的人格に責任を有する」という断定をもつてのぞむ。このような理解にたつたとき、はじめて非決定論に依拠する場合

にありがちな絶対的応報的傾向からまぬがれ、有効な限度でのみ処罰することになり、理解にもとづいて処罰することになる。犯罪学が刑法を支えるものとなる。非難が将来にむかってのしげきということであるなら、動物に罰を加えて訓練するということと変りはないということになるのではないか、すなわち、それは人間の尊厳をないがしろにするのではないかという非難があるとしても、人間の尊厳は彼がどのような原因によって行動するものかにかかっているとされるのである。^(二)

このような平野教授の所説は井上(正)博士、所教授の支持をえた一方、激しい反論をよんだのであった。

(一) その内容については、杖下隆英訳ウイリアム・K・フランケン倫理学(昭和四二年)一〇〇頁。以下参照

(二) 以上平野・刑法の基礎(昭和四一年)

三

中山教授は、ソフトな決定論が刑法および刑事責任から余分な道義的色彩、非合理的な神秘主義的側面を除去し、刑法の機能(犯罪防圧)を合理化するという積極面をもち、刑法と刑事学との架橋を可能ならしめ、さらに、社会防衛と人権保障とを同時に満足させる試みとして高く評価されながら、しかしやはり、それが階級的観点をいれない「ブルジョワ的」合理化にとどまる限り、結局は、刑法の人権保障機能をあやうくするとされるのである。

平野教授の所説は、刑罰の作用しうる人格であるならば、それがどのような原因によってそうなったものであれ、現在の人格に対して一律の処罰へと導き、国家や社会の「責任」を不問に付すことにならないか。それはひいては階

級社会の下ではその実質的責任論によってめざされる行為責任論——人権保障をあやうくする。

ソフトな決定論はたしかに、無原因な部分に責任を問い、決定されない部分に刑罰を加えることになる相対的自由意思論よりも、論理的に正当であり、また科学的であるが、しかし、実践的な問題についてはたんに論理的平面の当否のみでは片づかない、人格形成の責任追求をしないなどヒューマンに聞えるが、過去に対する責任追及がインヒューマンであり、人格の危険性に対応する展望的な合目的措置がヒューマンだと一般的に言うことはできない。むしろ一般的にいえば、後者の方が階級社会の条件下ではよりインヒューマンになりがちなことを歴史は示しているし、今日の社会状況はいよいよ決定論にもとづく合目的刑法が危険性刑法——人権侵害へと傾斜する危険が大きい。平野教授は、法を社会統制の手段としてその最大限の有効性を確保するという、いわば技術的な合理的、合目的アプローチを現代が要請しているというが、そのような要請をしている現代をまず問題にすべきではないか、刑罰を社会統制の手段に用いることが当該の場合に有効かという前に、それが許容されるかが問われねばならず、責任とはまさにこれを問題にするところではないのか。

かくして中山教授は非決定論に立って非難の可能性に應ずる処罰の方が、人々の立場はより確実で安定的であること、更に国家が刑罰を科すにあたって、犯人の性格の危険性ではなく、犯人の自由を確定しなければならぬこと、つまり罰せられる側からすれば、社会に対して犯罪を犯さないですむ条件の設定を要求して国家の道義性を問い返すことができることになることから、人権保障あるいはヒューマンテイの観点よりして刑法は非決定論の「虚構」のうえに立つべきことを主張された。

刑法は当該社会における量的矛盾よりも、むしろすぐれて実質的矛盾を扱う分野なのであり、両立しがたい犯罪防^(一)止上の合目的性と人権保障という二つの刑法の課題は後者にこそ重点を置かれなければならないとされるのである。

(一) 以上、中山・現代刑法学の課題(昭和四五年)

四

自由意思に関して態度決定するためには、これをめぐる議論は刑法学上いかなる意義を有しうるのかということを一度網羅的にふりかえる必要がある。その際立法論上の意義と解釈論上のそれを区別すべきであるか。

刑法学はその根底に刑事手続のあるべき姿を有している。そして刑事手続をその方へ動かそうとする^(二)。立法論はもちろん、法解釈学においても解釈論を通じてそれが行なわれる。もっとも立法論におけるあるべき姿と、法解釈論におけるそれとはどれほど同一でありうるかは問題である。最善の姿が法文および法文脈の枠によってゆがめられたものより、はじめからその枠中で考えられる次善の姿の方がよりよいと考えられる場合もあるであろう。しかし、もともと法解釈学はもちろん立法論といえどもきわめて現実的なレベルで考えられなければならないが故に、あるべき姿にそれほど大きくないちがいが生じない場合が多いとしてよいであろう。何故なら現実ばなれた立法論も解釈論もたんに無意味であるのみならず、もし実務にとりいれられれば、きわめて有害なものとなることは明らかであり、現実的に、ということには、ある場合には立法論も現行法へとの連続性において考えられることも含むであろうからである。

自由意思論をめぐる議論の刑事手続への影響を問題にするとき、解釈論を通じてのそれを問題にしているのか、立法への影響を通じてのそれを問題にしているのか必ずしも明確でないことが多いが、この場合は、あまりにも基本的な点については、ことが実践にかかわる以上、立法論と解釈論において志向する姿を異にすることができないからであらう。さて、刑法学が現実的なレベルであるべき姿へ刑事手続を動かそうとするものなら、あるべき姿に関する批判と、さらにあるべき姿が、現実にはどのような姿になりうるかという点の予測に立っての批判も重要となる。このような前提に立ってそのあるべき姿の形成および現実への影響に関して自由意思論がどのように機能するかが問題となろう。現実上の機能は、政治・社会・理論等の諸状況との関連においてのみ論じうるものであり、きわめてさまざまな検討しかできないであらうと思われる。

さて、まず第一に、自由意思の問題は、刑事手続、すなわち、最も重大な非難と苦痛の賦科を中核とする法制度の存在をいかなる意味で是認しうるかに関係してきた。それはまた刑事手続の基本的性格づけもしくは方向づけの問題である。全くその存在を肯定しえないなら刑法学はその縮少、消滅へ向かって刑事手続を動かそうとすることになるが少くとも我国の刑法学には、かつてそのような傾向はみられなかった。いわゆる新派も縮少どころか刑事手続の及ぶ範囲を拡大しようとしたのであった。今日でも刑罰、保安処分二元主義に立つのが通常であり、その限りでは非決定論も決定論も差異を生じない。ソフトな決定論も刑法を犯罪学と両立させようとする試みでもある。ここでは、刑事手続をどれがよりよく正当化するか、あるいはより正当に方向づけるかということのみが問題となる。

従来は、いうまでもなく非決定論に立ってはじめて非難——苦痛の賦科が正当化されると考えられてきたのであった。しかし、実証もしくは論証しえないものを前提としてみても客観的に正当化しうるものでもなし、いわんや平野教授による、非決定論的自由は偶然にしかすぎず非難の帰属主体をもたないという指摘の前には、その正当化機能はきわめてあやうくなっているのであった。非決定論は刑事手続の倫理的権威化をもたらす傾向をもち、ひいては社会生活への刑罰介入の拡大をもたらすことがありうる。

しかしまた一面、個人主義的観点からの正当化をつらぬくためにこれが主張されたであろうことは充分考慮されなければなるまい。しかし、非決定論に立った論者達によって、保安処分の正当化に、処分を受ける個人の側からの正当化理由についてはほとんど反省されることがなかったことからして、従来の非決定論がどれほどこの点に真剣であったかは疑わしいのであった。そして非決定論といえども犯罪防圧の機能をもって正当化の要素としその効率化に関心をもつわけであるが、ここでも必ずしも有効でないことは平野教授の批判から明らかである。

ソフトな決定論は犯罪防圧の機能と「人は理由の如何を問わずその規範的人格層に関してはこの矯正に有効な限りでの非難を甘受せざるをえない存在である」という断定をもって刑事手続を正当化する。もちろんその断定がうけ入れられさえすれば、刑罰の犯罪防圧機能の面からの刑事手続のきわめて有力な正当化が行われることになる。そして非難——苦痛の賦科のためではなく、むしろ犯罪防圧のために、非難の限度で処罰する、有効な限度で処罰するということで、人の生活に対する刑事手続の介入の縮少と、その倫理的絶対色の除去、刑罰の機能化というような、まことに現代的な諸要求に適合した方向へ刑事手続を動かさうかに見えるのである。

これに対しては、非難の正当化のための前提がうけいれがたいという点が第一に指摘されてきたのであり、ひいて

は、非難が犯人を納得せしめず刑罰の有効性からする正当化も不可能となるとされる。また有効だから非難でき処罰してよいという基本的態度は有効である限り処罰するというむしろ刑罰介入の拡大こそ招来するおそれがあると批判されるのである。さらに、もともといずれにしても、刑罰が有効であるという現実が立証されない限り、この見地からの正当化は不可能である。

中教授は刑罰の有効性——犯人の納得という観点から擬制としての非決定論に依拠されるが、擬制といういわば底のわれた非決定論が犯人をより納得せしめることができるであろうか。中山教授の虚構としての非決定論は刑事手続の正当化には十分であろうか。大谷教授の所説は、その御苦心に敬意を払うこと人後におちるものではないが、人格は行為体験の集積たる面もあるということを考えてだけでも、行為の自由すらない存在が人格形成の自由があるとは到底納得しえないところであり、更に、国家が一定の人格形成を義務づけようという正当化については直ちには人を納得せしめえないと思われる。このようにしてみると刑事手続を少くとも個人主義的立場から十分に基礎づけえないという点では何れの説も同じように思われる。

自由意思の問題が刑法学に意義をもつ第二は手続上、とくに裁判上の原理・基準の構成についてである。今日では必ずしもこの点で大きなへだたりを生んでいない。例えば裁判の原理、基準を体系化しあるいは内容を充実させ具体化するという点に関して、刑罰≠非難という観点から統一するならば、当然、非決定論が有利だと考えられてきたが、しかし現在では決定論からも平均人標準の期待可能性論を通じてほとんどこれと大差のないものがもたらされている。むしろ平野教授の指摘されたところからすれば、相対的非決定論は、体系化の機能をもちえないはずだし、具

体的にも嫉妬に狂ったということも非難を軽くする事由としなければ筋が通らないというような点からして、決して妥当な帰結をもたらさないということになる。

特に特別予防という観点もあわせて考えると、一貫した体系を形成しようということではソフトな決定論がはるかに有利であると考えられる。^(三)さらに内容的に科学性を導入することを原理上容易ならしめるという点でも断然たる強味を持っているように思われるのである。ただソフトな決定論は非難を充分人々に納得させるかということからその点に弱味があるとされるけれどこれは何も意思の自由というものを独断したり虚構したり擬制したりすることによって人々が納得するわけでもないということはずで述べた。

ソフトな決定論にとって最も大きな問題点はそれにもとづく刑事手続の体系化、具体化が人権保障機能をくみこめるかということであろう。非決定論は個別行為責任したがって行為刑法という図式をとりやすい。そして責任主義という観点を通じて人権保障になじみやすいのである。これに対してソフトな決定論は結局有効性ということが先に立ちがちでいつかこの点が危うくなってくるのではないか、即ちむしろ行為者刑法、危険性刑法というものを招来しそこから刑罰権の行使に対する人権保障が危うくなるのではないかと憂慮されるのである。しかし非決定論をとれば必ず行為刑法かというところではない。意思刑法というものも考えられるわけだし人格形成責任刑法などということも想像できるわけである。一方決定論がただちに行為刑法の否定につながるわけのものでもない。決定論か非決定論かということばかりではなく、他の様々の配慮とか原理との組み合わせ方が問題となるわけである。従って非決定論が人権保障上必ず有利であり、決定論は必ず不利であるということはないと思われるのである。

しかし中山教授の、現代社会はソフトな決定論が論者のねらいとかいろいろな配慮からきりはなされて危険性刑法
II 刑罰権濫用を生みだす状況にあるのではないかという指摘はやはりきびしい。思うに、刑法は決してきれいな事では
すまないが、しかもその存在を認めざるを得ないものであるということを直視した時、むしろ自由主義相對主義に徹
する者ほど、ソフトな決定論に基づく実質的責任論のようないわばさめた責任論におもむくのではないかと思われ
る。その点で志向としては刑罰権濫用からは遠いものといつてよい。ぎりぎりの最低限度の範囲で刑法の存在を認
め、しかしその代り、妙にこれを倫理的に権威づけたい。そしてただ処罰すればいいというものではないから有効な
ものとしようとしたのがソフトな決定論主張の趣旨だったと考えられるからである。

しかし、さきに指摘するところがあつたように、一定の主張をなすことによつて実現しようとしたあるべき刑事手
続よりも、それが現実に生み出すであろう刑事手続の姿が重要である。やはりこの点にソフトな決定論の最も大きな
問題点が存するであろう。

さらに筆者はソフトな決定論の一つのねらいである刑罰を特別予防上有効に機能させるというのは誰もが認める現
代の傾向であり、そのこと自体は正しいと考えるが、ただ、刑罰のみでそれをはかることにこだわる必要はないので
はないか。刑罰を中核とする事前、事後の一連の手続きを犯人の社会化へとシステム化し、その中で、伝統的な行為
責任刑罰を最適化すればよいのではないかという一般的な疑念を抱くのである。

さて、もし決定論にも疑問があるとするなら刑事手続きを独断に立たずに正当化するような非決定論はないであろ
うか。虚構や擬制以外にないであろうか。

社会から少くともここ当分非難と苦痛の賦科による社会的な責任追及への強い要求あるいは必要(社会統合上の)
をなくすることはできないという観点から出発すれば、社会的責任追及の手續を法制度とすることは残虐さ、恣意
性、不公平、社会の動揺、まきぞえ等、私刑罰の弊を防ぎ、公平を保ち、法制度が大なり小なり有する論理を理性に
服せしめるという点こそを、むしろ評価すべきであり、社会的責任追及の手續を現在では一応、独立と公平な公的
機関が排他的に独占することのメリットこそ刑事手續の正当化にとつて重要と考えることができる。

放置すれば社会の個人や団体が恣意的に行う責任追求を制度化したものととして刑事手續をみれば自由意思をめぐ
つて極めて困難な考察をしなくても、むしろ社会の成員の自然な感覚としての自由を責任追及の前提とすべきだし、
また被決定性についても同じである。まさに、それを分析してみれば決定されつつ決定するといふ言ひようのないも
のであり、これを事実と断定する必要はないしわざわざ擬制や虚構とする必要もない。日常生活や社会はこれを前提
にして営まれているのであり、あえていうならそこでは人間は自由意思を有するものと意味づけられて存在するもの
であるといふことの確認以上のことは必要ではないのか。第一、非難の前提たる行為規範の価値の普遍性すら不確か
なのに自由意思についてのみ過度に神経質になつてもはじまらないではないか。刑事手續は社会過程の一つであり、
刑事責任というものも、そこにおける以上のものでも、それ以下のものでもない、と大要上のような考え方をとるこ
とで充分であると考ええる。

社会がそう思えばそれでよいという考え方には、個人主義という観点から疑念が残るとすれば、個人主義といえど
も、究極において一般化しえない「われ」を「われわれ」としたうえで個人の立場を尊重するものであるといひ、さ

らに、社会の常識への批判、分析という、さらにそれに立って不合理、野蛮を社会からなくすという学問の使命はどうかといえ、実践につながる学問においては未だ批判分析等の対象となしえていないままにとり入れられなければならぬ社会常識は多々あるといえ、足るであろう。このような出発点からすれば、裁判の原理、基準等は伝統的に形成された行為刑法、行為責任、客観主義の上に立って社会的感覚に適切なように設定し、体系化し具体化するの容易である。

しかし、それにしても右の試論が問題が解決する位なら、何が、自由意思をめぐってくりかえしかくも深刻な思索へと人を赴かせてきたのであろうか。それが気にかかる。

(一) もちろん、このあるべき姿の客観性がいかにして確保されるかは未解決の重要な問題である。なお本稿が刑事手続というはその実法的側面をいうのである。

(二) もとより、非決定論では、配分説や弁証法的工夫が行なわれているがソフトな決定論の方が単純明快である。

五

人を処罰することを正当化するものの苦渋。それが人々の日常的な感覚による正当化に満足せず、いやがうえにも根源的な思索へ遡らせるのではなかったか。処罰される者の運命への生々しい^{なまなま}感覚。それがある者に形而上学的領域を訪れさせ、また他の者をして自由意思を否定せしめたと考えてよいのではないか。このような感覚はヒューマニズ

ムに発する。ヒューマニズムは処罰する者に処罰する行為の重みに真剣にさせる。そこに処罰する側の姿勢を問うものがでてくる。ヒューマニズムは処罰する側の倫理^(一)をもとめる。

中山教授が国家の責任(道義性)ということと言われるとき、それはまさに、不正確なたとえであるが、罪なきものまず石もてうて、という処罰する側の倫理性の一面を問題にしたものであったろう。

さて、自由意思に関してどう考えるのが処罰側に要求される倫理なのか。平野教授はリストがヒューマンな気持から決定論を主張したとされたのであった。論証もできない自由意思にもとづいて非難を加えることがヒューマンだとも思えないが、また責任感を「利用」することがヒューマンだとも思えないのである。

我々は、やはりいずれにしても論証も実証もできない以上、客観的に妥当することとして自由意思ありと断定しなくてはならないであろう。しかし、人間が生きるということにおいて、自ら待みとするところを尊重することはヒューマニティーにかなう事であろう。おそらく我々の存在や所業は、宇宙の意味を何ら持たないものかもしれない。我々のまじわりも何という意味もなく、たまたま行き会った者同志というにすぎないのかもしれない。しかし、我々が互いその存在をかけがえのないものと認めあい、尊重しあうということ、その事、を尊重すべきではないだろうか。我々の存在そのものが一人一人神秘なものであり、そしてその行為も究極のところ神秘な創造性があると考えべきではないだろうか。

ヒューマニズムがどのような意味を持つにせよ、少くともこのことはヒューマニズムの根幹であろう。むしろこのような人間の存在意義と行為の意義については断定することは出来ない。しかしまた、たんなる擬制や虚構とする

にとどめるべきものとも思えないのである。我々が少くともヒューマニズムを認めるときは積極的に選ぶべきものなのではないか。

フェリーは自由意思を幻想としてしりぞけた。もちろんフェリーといえども個人にとっての幻想の価値は否定しないであろう。しかし、人々には共通にすべき幻想（信念）があるのではないだろうか。もちろん、これは神の目からみて単なる幻想にとどまらないものかもしれないし、あるいはただの夢にしかすぎないかもしれない。しかし、これはヒューマニズムとともに立ち、ともに倒れる幻想である。

そのような幻想の一部である自由意思の幻想は、刑事手続においても保持されねばなるまい。それは例えば、処遇段階で、規範的能力の作出に薬品を使用することは良いが規範意識の啓発そのものは、規範的能力に訴えて期待するという方法で行なわれなければならない、少くとも自から希望する場合をのぞいては、催眠術や薬品の助けを借りてはならないとされるであろうことにあらわれる。我々はその際、規範的能力のある者には自由意志があり、それが尊重されなければならない、それを通じての変革こそ価値あるものとしているのである。

司法段階ではどうか。自由意思の幻想はあくまでも一人一人の人間の存在や所業を真剣にうけとるためのものであって非難を安易にならしめるためのものではない。しかし、ここでも処罰の倫理性を保たせるのは、自由意思の幻想であろう。しかし、もとより自由意思は価値ある幻想であるにせよ、それが幻想以上のものであるという証明はないということも幻想論は意味する。すなわち、まさに自由でないものを非難しているかもしれないというトゲが、安易な処罰を一層抑制し、また受刑者に対してできるかぎりのよき働きを処罰側にさせることを期待してよいことになる。

いずれにせよ自由意思は形而上学的な事として幻想するほかないであろう。そうだとすると個性のない自由意思というものに対し、責任を追及できるだろうか、また、想像すらできない（偶然でなく、必然でない）自由というものを人を非難する前提として用いることができようかという平野教授の質問に答えなければならなくなる。形而上学的領域はプラトンのアイデアのような世界のみならず、ただ我々に認識できない存在領域というものでもありえ、自由意思も充分個性をもったものと想像することは可能である。その構造を想像すらできないということに関しては、我々には宇宙の最も始めというものをあつたはずなのに想像すら出来ないということを引き合いに出しうる。人間には想像すらできないもので、事実存在することがらというのはたしかにあるのである。

中山教授は資本主義社会の階級構造や危機を心配されるが、それよりも、資本主義社会・共産主義社会の体制の差をこえて、問題なのは高度な管理社会の到来というものが心配されているということである。そういう社会では人間は単なる操作の対象となり、操作する側はする側で、高度に官僚化し、責任感をもたず使命感、良心と縁遠く事柄を処理する。かりにそういう社会が到来する要因があるとするなら、刑法学で、ソフトな決定論を用意することについては、刑事手続においてその傾向を助長するのではないかという危惧が生じてくる。

刑事手続きは同時に刑事政策のシステムの一サブシステムでもあるし、その他社会教育、社会化過程のサブシステムでもありうる。もっと広くトータルなものとしての社会統合の一サブシステムである。このように多くのシステムと関連したり、そのサブシステムになっているわけであるから、刑事手続がどのような人間観の許で行なわれるか

は、さらに、社会のより広い範囲に影響を与えずにはおかないであろう。

人が志をもつものであること、他人の評価によらずして自己の信じる義務を行い、贖罪をこころみることなどにあられる、永遠なるもの、普遍なるものに連なろうとする人間の欲求を、社会のあらゆる面におけるあらゆる人について無視するような状況の拡大はふせがねばならないと考える。このように刑事手続をこえたところの考慮からも刑事手続に自由意思の幻想が確保されなければならないと考える。

(一) 処罰する側には犯人以外の社会をすべてひっくるめて考えてもよい。様々なレベルで考えられる。

(二) 形而上学としてもなく自然科学的事実としてもなく、人間的立場に立って考える限りみとめるほかはない人間的立場の事実とされるのは、岩崎武雄・倫理学(昭和四六年)一三頁。

付記 本稿は、公けにする以上、その内容について責任を回避する者ではないが、きわめて不完全であると考えてるので、再説を期したい。諸家の貴重な労作をずさんに扱ったみたいの結果になり申し訳なく思う。なお須々木主一教授の諸作品に示唆を受けているところが随所にあるが、右のような事情があるのであえて引用しなかった。再説の際、註も補完したい。