

刑事責任の本質(二)

井上, 正治
九州大学法学部 : 助教授

<https://doi.org/10.15017/1247>

出版情報 : 法政研究. 18 (1), pp.1-40, 1950-09-30. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

刑事責任の本質 (二)

井 上 正 治

目 次

はしがき

一 悟性責任論

二 意志責任論 (以上前號)

三 感情責任論

四 人格責任論 — 序説 —

五 人格責任論 — 責任判断における違法性の制約的機能 —

むすび

三 感情責任論

意志責任論もこれを詳細に検討しつつ、隨伴的意欲と稱される第二種の故意にまで達すると、もはや結果を意欲したものが故意であるとはいふ得なくなるのであつて、故意たる所以は動機主義に求めざるを得なくなる。即ち、行爲動機が結果の表象に伴う反對動機を抑壓して敢て行爲に出るところに責任の基調が存するのである。まして、故意の最下限たる未必の故意にまで達すると、過失との限界は動機主義によつて決する外はなく、それこそ唯一の正當な態

説 度であると考へる。こゝにいう動機主義とは、正當に解釋された表象説であつて、結局意志主義と表象主義とは故意の本質を探究する上に於てそれ程相違の存するものではなくなる。そこで、われわれは改めて、しからば何故に反對動機を抑制することがなかつたのであるか、を問題としなくてはならない。この點については、故意と過失の限界を劃するの蓋然性説 (Wahrscheinlichkeitstheorie) が有力な理論を提供したことを想起すべきである。蓋然性説は、結果の表象に伴う不快感情を克服して敢て行爲するところに故意を認めようとするものであり、これはあきらかに動機の基調を感情におこうとするものであつた。そこから感情に責任の基調を求めようとする感情責任論 (Gefühlschuld) が成立するのも亦當然のことであらう。

感情責任論を論じるに先き立ち、先ずその概念をあきらかならしめなくてはならない。感情責任論によれば、行爲者は行爲が、義務感情の欠陥、法感情の欠陥、社會感情の欠陥、法侵害を回避すべき關心の欠陥、社會利益に對する顧慮の欠陥、法益の過少評價に基く限り非難されると主張するものであつた。ヘグラーは巧みにも概念的に、社會的敵對 (Gesellschaftfeindlichkeit) と社會的無關心 (Gesellschaftsfeindlichkeit) とをもつて故意と過失とをそれぞれ説明している。又、ハーゲンによれば、かような感情の欠陥にこそ責任の基調は見出されるべきであつて、表象責任や意志責任は結局附隨的責任形式 (Nebenschuldarten) にすぎないものとまで主張された。(ii) もつともケーラーは、感情の欠陥を問題にする場合にも、法益の過少評價へ導いた心理的行爲として意志がその基盤とならねばならないと主張した(三)が、感情責任論者は、却つて意志こそ感情を基調として考へべきものであると主張するのであつた。

かように動機形成過程の非難を感情に求めようとする學説は、故意に關する限りは一應よくその主張を貫き得たといふ得よう。故意においては、さきにも述べた如く、法益に對する過少評價が行爲に際し結果の表象に伴う不快感情を十分強調することができず、そのため行爲動機を抑制し得なかつた場合である。かような意味での感情責任は又未

必の故意についても妥當し得るところであるし、更には、認識ある過失においても問題は異らないであろう。認識ある過失においても、一應結果發生の可能性を表象しつゝ、それが不快感情を十分強調し得なかつたがために、輕卒にも、その可能性を否定して行爲に出た場合であると考へてよい。これらの場合は、いずれも一應結果の表象を伴いつつも、それに伴う不快感情が義務づけられたようには反應を示めし得なかつた場合であるので、感情責任論は矛盾なく維持され得るのであつた。しかし、認識なき過失の場合はどうであらうか。ハーゲンは、「法感情と他の感情との相剋の必然的前提は、可罰的結果の表象であり、その事實的・法侵害的特性を表象しなくてはならない。この二重の表象を欠く場合には、感情相剋は除外され、法感情にとつては鬭争の機會も勝利の可能性もあたえられぬ」と述べて、認識なき過失においては感情責任論は排除され、それはたゞ表象責任として附隨的責任形式たるにすぎないものとするのである。

そこで、われわれは、心理學的方法論に立脚して、認識なき過失においても感情責任論の成立し得ることを立證し、逆にそこから、感情責任論を故意・過失を通じて共通の基盤たらしめようとしたエクスマーの所説を顧みなくてはならない。

エクスマーは、名著「過失の本質」(Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1930)において、表象過程の心理學的探究を試み過失の本質を次のように述べている。

「精神的經驗は心理的に存在しなくなつた後にも新たな意識内容の形成のために意義があることを見誤つてはならない。……それぞれの意識内容は多かれ少かれかかる無意識の基盤、個人の前史に規制されている。それ故、ここで重要なことは記憶の再生即ち表象の意識への再現という事實である。再生された表象は、一旦なんらかの形で意識の中に保存されその中に深く沈澱し無意識の形で存續し腦作用即ち記憶像の形で再生する可能性を残していたものが、今

や、意識の中に積極的表象としてあらわれた生理的要素との連想によつて再び顯現したものである。それ故、表象の再生には、再生する (reproduzierend) 要素と再生される (reproduziert) 要素とが前提となる。」と述べ更に意志と表象過程との關係につき、「過失理論の通説は、行爲者が有責にその行爲の危険性を錯誤した點に過失犯における意志と表象過程の要素を認めている。そこで、解決さるべき問題は直接この相關關係にある。即ち、表象過程における意志の影響が問題となる。この理論の前提は、行爲者が善き意志をもつていたならば、その行爲の性質を認識したであろうというにある。それ故、瞬間瞬間の意識内容はその主体の意欲により支配されるか否か又その範圍如何ということが重要なことである。表象過程の Willkürliche Lenkung と Sollen ことが存在するか。……特定の表象の再生條件としては、表象すべき要素に對する注意力と兩要素の連想的結合及び他の條件として個人と表象との間にある相對的に強固な連想的感情的關係が考えられる。これら條件のうち注意のみが意識にぞくする。……意志的注意は、意志が表象過程を支配する唯一の形式ではある。が、特定内容の一義的再生の決定的要素であるとは言ひ得ない。蓋し、特定の心理要素 A に對する注意は A によつて連想されない表象を排除するが、A と結合する連想体系全部を同じようにともなうのである。したがつて、これらすべてに對しては、A に對する注意は再生の條件であるが決して十分なる根據とはならない。これら要素の競合の中にあつて、他の條件がこれを決するに至る。意欲としての注意は自由に任意の表象をともなうことはできず大抵、感情強調的 (Gefühlesbetont) 表象をともなうにすぎない。……そこから次のように結論される。意志は表象再生のための一つの條件ではあるがその十分な根據ではない。……それ故特定の表象再生を欠くことは意志の欠如には歸せられない。……感情的要素こそ決定的である。特定の場合、期待された表象が意識されなかつたならば、他の條件が具つておれば、常に意志の欠如にあるのではなく、感情の欠如にある。」(Wittgenstein) しかれば、この感情陥欠 (Gefühlsangel) は何故責任を基礎づけるか。エクスナーは、この點先ず認識ある過失及び未必の故意につき説明し

ている。即ち、「認識ある過失では、何故、認識された危険性が顧慮されずにしまつたか。それは、表象が行爲者にとつて十分不快感情を強調しなかつたからである。それが十分不快感情を強調したならば、危険性の認識は熟考の際決定的反對動機を形成したのであろう。」又、「未必の故意は、行爲者にとつて違法なる結果がともなつた消極的感情評價が、行爲者の希望した結果に對する積極的感情評價より弱少であつた。」と考へるのである。「しかし、このことは、未必の故意、及び認識ある過失には適用出来るが、認識なき過失のためには何にも役立たないかに見える。前二者にあつては、相當なる感情的強調を欠いたため、違法なる結果の表象が、動機となり得なかつたのであるが、認識なき過失においては、表象の欠如がその *Fahrlässigkeit* に、感情強調の欠如に歸せられようとも、存在しない表象がその決意に動機を興えるべきであつたとは非難できない。又、更に、主体と表象されない結果との關係はどう解釋すべきか、この關係の特性から行爲者の欠陥ある義務違反的情操が歸結されるかが曖昧である。」この探究のためにエクスナーは、*Werten, wertschätzen* を吟味して、「行爲者が侵害した法益に對しとつた態度、この法益に對する價值評價が問題となる。そこで、先ず過失犯に對し結論的に述べるならば、過失行爲者はその行爲によつて他人の法益を過少評價し、義務づけられたようには評價しなかつたことを示めす。そこに、行爲者と結果とに對する責任を基礎づける關係が認められる。かくて、行爲者の違法なる行爲を考慮して、かゝる關係を非難するのである。」この評價の高低は感情的色調の程度に依存し感情の強度の如く無限のニュアンスが存する。しかも、それは恒常的關係であつて特定の條件の下に能動的評價感情を生ずる。しかも、この能動的感情作用は評價の好在に對する徵表であつて構成的なものでない。

論 説
かくて、「過失犯の基盤たるべき責任要素は、法益に對する義務違反的過少評價により、行爲者が意欲せず不豫見の下にこれを侵害した點にある」と述べている。

説論

かように認識なき過失においても、責任の本質は法益の過少評價にあると考えるエクスナーの學説は、現實的な心理的態度を基盤とするものではなく、一つの性向 (Disposition)、恒常的・潜在的な姿態構造を基底にして責任を特徴づけるものといわなくてはならない。その點では、同じように感情責任論に立脚しても、具体的な個別行為を責任の要素たらしめようとする、ザウエル^(五)やクリーグスマン^(六)の所説とは大いに異なるものがあつた。

感情責任論の構成は必しもエクスナーを以て嚆矢とするものではなかつた。既に古く、ステューベルは、「危険な行為による他人の侵害が大であればある程、行為者がこの危険を回避しようとする關心が大であればある程、認識知覺能力は益々強く刺戟される。即ち、行為の際違法なる結果の侵害を回避すべき關心が大であればそれだけより、用心深くなり注意深くなるのである^(七)」と述べている。又、更にヴァールベルヒも、注意は關心を前提とするのであつて、社會の安全や他人の法益の安全に對し生き生きとした關心を欠けば、必要な注意も亦伴わないと、感情責任論を展開しているのであつた。^(八)しかしながら、感情責任論が、かくの如く僅かに彈片的に、意志責任論の中にまじつて主張されるにとどまる傾向から、それを心理學的に基礎づけ責任の本質に關する一つの体系として完成した功績は全くエクスナーに歸せられなければならない。

その後エクスナーの學説は、多くの賛成者を見出し得たのであるが、とくに、クリーグスマン、グラーフ・ツィ・ドーナ、グロースマン、ヒルシュベルヒ、エンギツシュ^(九)などは、必しも説くところを一にはしないが、同じ系譜に屬すべきものとして有名であつた。

しかしながら、感情責任論に對しては少なからざる批判も存する。即ち、エクスナーの所説を徹底せしめると、平素から強い關心を懷いている法益に對しては、過失犯の成立を否定しなければならなくなるという手痛い非難が向けられている。たとえば、不注意にも母親が乳房で嬰兒を壓死せしめた場合、又息子が輕卒にも發砲した彈によつて父親

を射殺した場合、の如きは、母親が嬰兒の、又息子が父親の生命を過少評價するといふようなことはあり得ないので、常に過失犯は否定されなくてはならなくなる。(10) かような攻撃に對しては、感情責任論の側からも有力な反撥が試みられてはいる。(11) しかし、直接エクスナーの再批判をきくことにしよう。彼は、かような場合、形式的にみれば、過失が成立するかの如くみえるが、實質的には、感情責任を欠くが故に責任一般も否定されなくてはならない。と述べている。(12) 即ち、この場合、責任を肯定する者は、輕卒や不注意があれば、結果に對する心理的關係は、欠如するにもかかわらず、直ちに處罰を問題とするものであつて、かような非難は歸責として肯認され得ないといふのであつた。

しかし、もしそのような、結果に對する具体的な感情的關係が強調され、それが刑事責任を肯定する基調であるならば、更には次のような非難をも無視することはできない。即ち、感情責任論によれば不特定の法益に對する責任なるものは成立し得なくなるのではなからうか。汽車が脱線して多數の死傷者を出した場合、自動車が町角で急に現はれて來た人(それがたとい友人であつたにしても)を轢き殺したような場合、われわれはすべて過失犯の成立を否定しなくてはならぬであらう。

それでは一体過失の成立し得る余地はどこにあるであらうか。われわれの日常經驗によつてもあきらかな如く、過失犯とは大部分かような姿で發生するものであるが故に、もし感情責任論を維持しつゝこの場合にも過失責任の存在を肯定せんとするためには、精々感情關係の對象を抽象的に構成するより外ないであらう。しかし、われわれは、直接隣に座している人の生命には關心を懷くことはできても、人間一般或は不特定の人の生命を具体的に評價するといふやうなことは、實際上も理論上も成立し得ることではない。そこで、エンギツシュは、エクスナーの所説を修正して、感情責任論は、侵害された法益に對する關心の強度を問題とするのではなく、構成要件の實現を回避し法義務を充實すべき關心の欠如が對象になると述べている。(13) それ故、十分強調されることのなかつた表象とは、この法益の侵

説

害に對する表象ではなく、構成要件實現の表象であり不法の表象であるということになる。そこで、彼はひきつゞき
・カデツカヤミツテルマイエル(一四)に從つて、過失行爲者に問題となる關心 (Interesse) とは、何ら不法を侵さないとい
う Besorgnis であり、善良なる國民に欠如し得ない Aengstlichkeit であると結論したのである。(一六)

エクスナーの企てた劃期的な感情責任論の樹立は、少からざる批判にあつて、いろいろと修正されるところはあつたが、その方法とする心理學そのものに對しては十分の批判をきくことはできなかつた。ところが、一九三四年フィ
ンチャーは、遂にその基盤たる心理學そのものに手痛い批判を試みたのである。即ち、エクスナーの方法とした心理學
は、エビングハウス(一七)の連想心理學、ヴァインデルバンド、チグラ、シユトシブなどの感情心理學、フロイトの心理分
析學の獨得の綜合ではあるが、既に一世紀古い心理學であつて、従い得るところではないと非難した。そして、連想
の欠陥は、エクスナーの述べるが如く、決して悟性の欠陥に歸せられるのではなく、特殊な注意力と記憶力の欠陥が
原因であるとし、しかも、注意の本質は、感情關係というが如き精神の消極的な状態にあるのではなく、積極的行爲
たる意志活動を前提とするものであると述べている。(一七)

- (一) Hegler, Z. 36, 1915, S. 220f.
- (二) Hagen, Z. 19, 1899, S. 191/92
- (三) Köhler, Probleme der Fahrlässigkeit, 1912, S. 30
- (四) Hagen, a. a. O., S. 183, 191f.
- (五) Sauer, Grundlehren, 1921, S. 564
- (六) Kriegsmann, Z. 34, 1913, S. 757
- (七) Stübel, Neues Arch. d. Kriminaln., VIII, 1825, S. 292
- (八) Wahlberg, Gesammelte Kleinere Schriften, VIII, 1822, S. 272

- (9) Kriegsmann, Z. 30, 1910, S. 942, Z. 34, 1913, S. 757; Graf zu Dohna, Z. 32, 1911, S. 334ff.; Grossmann, Grenze, 1924, S. 1ff.; Hirschberg, Schuldbeginn, adäquate Kausalität, 1928, S. 81; Engisch, Untersuchungen, 1930, S. 470ff.
- (10) Stooss, Schw. Z. 23, 1910, S. 392f.; Kriegsmann, Z. 30, 1910, S. 942; Köhler, Probleme, 1912, S. 30f.; Mannheim, Der Masstab, 1912, S. 288 f.; Hurwicz, Asek. Mon.-Schr. 8, 1912, S. 607; Freytag, Das Schuldproblem, Vorentwurf, 1912, S. 69f.; Goldschmidt, Oesterr. Z. 4, 1913, S. 1 51; Baumgarten, Schw. Z. 34, 1921, S. 68; Alfeld, Lehrbuch, 1922, S. 180Anm. 10; Kadecka, Oesterr. Gerichtsz., 1925, Sondernummer, S. Xff.

- (11) Kriegsmann, Z. 34, 1913, S. 757ff.; Wolff, Verbotenes Verhalten, 1923, S. 224; Hirschberg, a. a. O., S. 81
- (12) Exner, a. a. O., S. 177Anm. 1, S. 209Anm.
- (13) Engisch, a. a. O., S. 476
- (14) Kadecka, a. a. O.
- (15) Mittermaier, Zstw. 32, S. 428
- (16) Engisch, a. a. O., S. 474/5
- (17) Fischer, Das Vergessen als Fahrlässigkeit, (Str. Abh. 346) 1934, S. 66/7

四 人格責任論—序説—

責任の基調を求めるのに、悟性責任論は結果の表象を重視し、そのために過失において破綻を來し、意志責任論は行爲動機の形成過程に非難を見出そうとしてある意味では正當なものを發見し得たのであるが、しからば何故反對動機は行爲動機を抑制し得なかつたのであるか、という心理學的探究において十分なものを示めることができなかつた。この點、感情責任論は、連想作用の心理學的究明を企て、それを法律的に構成せんとしたのであつた。とかく過失とくに認識なき過失についてはその責任の本質の説明につき少からざる困難に遭遇するのであるが、「法益の過少

「評價」に求めようとする態度はかなり注目すべき成果といわなくてはならない。かようにして、行きつくところは行為者の恒常的な感情的關係が基調をなすと考えなくてはならないが、そのみを強調し、感情作用だけを刑事責任の本質とす事は、果して妥當なものであろうか。

そもそも責任とは單なる心理的事實のものではなく、規範的責任論が正當にも示めすように多分に「規範的」なものである。メツガーもいう如く、責任は同時にその本質を外から即ち法秩序の要求から得て來るといわなくてはならない。法秩序は客觀的一般的なものであつて、この法規範の要求に反するときはじめて義務違反性として非難が可能となるのである。それ故、責任とは非難可能性である。そこで、責任ありとせられるためには先ずその前提として行為者は法規範によつて義務づけられねばならない。ところが可罰非難という觀點からは何人も潜在的な感情關係が義務づけられるのではなく、専ら現實の意志的態度のみが法規範の要求を受けるといわなくてはならない。この感情關係は非難の根底とはなるであろうが、義務づけられたる意志的態度を除外しては責任非難は生れて來ない。

もともと人間のあらゆる心的作用を知的作用・感情作用・意志作用というように、ばらばらに分離獨立せしめて考察することは決して正當な態度ではない。實在としてはかような各個獨立した作用は存在しないのであつて、人間の精神現象は本來統一的なものであると考へられ、各精神作用において同時に各精神作用の基礎形式がありこの基礎形式の全体から各精神作用が働いていることを認めなくてはならない。たゞ、われわれはその一つをとつてこれを強調し或は知的作用、或は情的作用或は意的作用とよぶにとゞまり、どの作用を考へてもその中にすべての種類の作用がひそみ、全体として一つの基礎形式に合一されていると考へることが事の正當なる解釋である。

それ故、重要なことは、この基礎形式それ自体が人間の本質でありかゝる構造からのみ責任の本質を探究しなくてはならないということである。この構造を「人格」と稱するのであつて、既に前章までに示唆して來た如く責任の基

調はこの人格に求めなくてはならない。

ロンプローゾの有名な生來的犯人説は犯罪に宿命づけられた人間を考えようとするものであつたが、いまわれわれが、非難の基盤を行爲者人格に求めんとするのは、たゞ同じく人間の基礎形式を探究するにしてもそれを固定したものではなく、形成の可能性あるものと考えようとするのである。ところで、この人格の構造及びその現實化としての行爲については、既にレントツが巧みな説明をなしたところであるし、又近くは團藤教授により人格責任の理論として展開せしめられているので改めて概観するまでもない。(五) たゞ、これを結論的に述べておけば、即ち、刑事責任の本質とは、現實的な一回的な違法行爲と、その原因者としての行爲者人格の關係を確定し、規範的にみて、行爲者人格が現實的な違法行爲を密接にうらうちする限り、その行爲を可罰的に非難することに他ならない。かような意味で、刑事責任の基調を行爲者人格に求める立場を「人格責任論」と稱することができるのであるが、人格責任論は規範的、主張であり可罰的には個別行爲責任 (Einzel-Tat-Schuld) たらざるを得ぬ。刑事責任におけるかような規範的評價と可罰的評價の交錯は結局責任論に對する法理學的考察であつて、改めて簡単に觸れることゝするが、その前に、レントツにしたがつて、生物學的・心理學的に基礎づけられた人格責任論は、先ず解釋學的な究明を必要とする。その解釋學的な基礎づけは、あたかも感情責任論が過失とくに認識なき過失から出發した如く、それと同じ途をとつて検討する方が便宜であろう。

由來、故意・過失に通じる共通の要素をどこに求むべきかは、甚だ議論の存するところであつて、必しも解決に到達しているとはいふがたい。故意は構成要件に該當する事實の認識であり、過失はその認識可能性であるとされていゝる。そこで心理的責任論はかような心理状態の中に責任の本質を求めた。しかし、過失は犯罪事實の認識・豫見を欠如するものであり、しかも單なる不認識ではなくして、認識・豫見が可能であつたという、それ故に、認識・豫見す

べきにかゝわらず認識・豫見しなかつたという義務違反性を本質とするものである。責任は單なる心理状態ではなく、その中に義務違反性なる規範的要素を包含しているという反省は、ひきつゞき規範的責任論を展開せしめることとなつたのである。いわゆる規範的責任論はいうまでもなく行爲支配又は期待可能性の思想を以てこの問題を解決しようとしたのであつて、わが國にあつても甚だ有力なる學説である。とくに佐伯千仞氏の「刑法における期待可能性の思想」上下二巻の大著は、規範的責任論に關する体系的研究としてきわめて價值高い成果であるといわなくてはならない。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取り扱かわれ、必しも説くところを一にしないが、その核心となる考え方は、「行爲者に對しその違法行爲以外の他の行爲即ち適法行爲を期待する」とが無理であるという場合、もはや非難を加えることは不都合である。したがつてかくの如き事情の存するときは責任非難を加ふる余地がない」となし、この點で、故意・過失を統一して把握し得ると解するのである。

規範的責任論については、論すべき問題も少くないが、とくに、それが責任の本質を以て、單に「非難可能性」という概念におきかえるのであれば、メツガリの非難する如く、「もしわれわれが責任の存在を有責者自身の内心的な事實又は態度の代りに、他の人間の期待に依存せしめるならば、それは責任の基本觀念に對する一の矛盾とみえる」といわなくてはならない。この點につき、木村教授の如く、「責任は、他人の頭の中に在るのではなく、やはり、行爲者の責任たることは規範的責任論においても嚴重に保持せられている。といふのは期待可能性の判斷は行爲者の行爲の際における心理状態について爲され、その心理状態が期待可能性の下に理解せられるときに責任があるのであつて、その責任は行爲者自身の責任であるからである」というがためには單に「責任とは或る規範に違反したものに對する心理行爲の關係をいう」と考へるだけでは足りず、期待可能性なる價值判斷と行爲者の心理的状态との間に存する評價關係であり、しかもその評價關係は規範の側から行爲者の心理的状态に對する一方的規制ではなく、それとと

もに又他面行爲者の側から規範の妥當性を制約する、いわば相互の規制關係でなくてはならない。たとえ、期待可能性の標準が平均人思想或は國家秩序におかれるとしても、それによつて行爲者の心理的狀態が評價判斷されるだけでは足りず、行爲者の「能力」にその妥當性の限界をもたなくてはならない。しかもその能力は、現に行爲者が有する能力を意味するのではなく、その能力以上のものであつても、行爲者の人格形成過程において、その行爲者に期待し得た能力が問題となり標準となるのである。かように解すれば、規範の妥當は一應行爲者の能力に限界を有するにしてもそれは決してフロイデンタールの主張した行爲者標準説とは同じではなく、異なるものがあるであらう。⁽¹⁰⁾ それ故、規範的責任論においても、行爲者人格に對する考察を看過するわけにはいかない。

わたくしは、故意・過失に對する類概念としての責任は、これを端的に行爲者人格において把握し得ると考える。⁽¹¹⁾ 即ち、積極・消極、客觀的法秩序の當爲に對し無關心な意識・無意識の姿態構造の中に責任の本質が存すると考え、こゝに故意・過失に共通する非難の基調を見出し得ると信じる。かくの如き提言は少からざる説明を要するものであらうが、別に「過失の本質」として改めて考察することとする。過失概念の分析においても一應この種の主張は認められ得る結論であると考え、この點については、さきに考察した「過失の實證的研究」⁽¹²⁾を参考にされたい。ところが、一般には、過失非難を行爲者の行爲意志の中に求めようと企圖するのが通常である。クラインのように、結果を回避するために必要な注意を形成すべき善き意志の欠如を過失の本質とみなし、これを消極的悪しき意志 (negatively böser Wille) と稱する學説もみとめられる。

説 論 この種の學説もかなり有力な學説であつて多くの賛成者を見出したが、善き故意を欠くという意味で、消極的意志が考えられるものであらうが、それが「悪しき」意志として非難を蒙るためには、善き意志を形成すべく義務づけられる必要があるであらう。しからざれば、結果的にみて、急迫な事情のため他人を救済し得なかつたという場合でも、

善き意志の欠如として、處罰を免れ得なくなるのであつて決して肯認し得ることではない。その意味からは、義務違反こそ過失の本質であると考へなくてはならない。そこで、過失を以て注意義務違反であるとする有力な學說が支配したのも故ないことではなかつた。しかし、注意義務侵害を以て過失であるとするためには、いかなる注意を用いるべきか。豫見可能性の存しないところには、過失責任は認められないであろう。ところが、要求された注意義務を遵守し得なかつたことは、これ又、不注意に基くもので、注意義務違反といはなくてはならない。かようにして注意義務違反に責任の基調を求めんとすることは、結局、循環論法におち入るのであつた。

われわれはむしろ、結果回避義務は意識のみならず、無意識的にいけば自働的にでも生じ得ることを強調しなくてはならぬ。生物學的・心理學的にみて、現實の態度は、それが意識的・意志的な場合のみならず、無意識的な衝動的な場合でも、却つてその場合にこそ、強く人格の潜在的傾向にしたがつて生じるものであり、平素の生活体験が累積して自働的行爲をも規制するのである。こゝにこそ過失の本質を解明する根據が存すると信じる。即ち、過失は行爲者が法秩序に對し平素から無關心な心構を非難するのであつて、人格の形成過程にあつて本人に期待し得たであろう程度の要求が標準となるのである。この過失につき考察してきたことは故意においても本質的には同一であつて、行爲者人格の非難可能性の中に、故意と過失とを統一する契機が存する。

かような意味での人格責任論は、一應は、行爲者の社會的危険性の中に責任の基調を探究しようとする性格責任論 (Charakter Schuld) と異なるものがないかの如くみえるのである。しかし、それは規範的な意味でのみ認め得る結論であつて、人格責任論は規範的な評價に基く責任理論であり、可罰的責任論は個別行爲責任でなくてはならぬ。

責任理論におけるこの規範的評價と可罰的評價の統一綜合とは何を意味するであろうか。これこそ人格責任論に對する法理學的解明となるのである。その詳細は次節にゆづり、こゝでは次節の論述をみちびき出すため、一應簡單に

ふれることとする。

そもそも價値の顯現たる現實存在は、理性的であるとともに、その反面、自然的であつて、現在は過去の契機であると同時に未來への飛躍の基底でなくてはならない。ところが、未來への展望は具体的人間の實踐的態度を除いてはみだされ得ない。

かくて、法的當爲も亦實踐的現實段階においては存在したいのうちに内在的であり、現在の實踐的態度においてはじめて具体的綜合を得るのである。しかも、それは、未來的 \parallel 展望的に志向する社會的側面においてのみ存在し得るといわなくてはならない。

このことは、結局、概念の展開に實在の展開が應ずることを意味するのではなく、それとは逆に、却つて、實在の展開に概念の展開が應ずるといふ客觀的辯證法を意味するものである。

そこで法的當爲の把握は何よりも先ず現實的存在の歴史的性格を理解することにはじまらなくてはならない。現實的歴史の社會は、さきにも考察した如く、それ独自の法則性を有するのであるが、この法則性は理論的にみて一つの經檢法則以上のものではなく、實踐をはなれては認識論上の法則以上のもとしては存し得ない。その歴史的法則性はたゞ實踐的態度によつてのみ未來的 \parallel 展望的にその當爲性を取得するに至る。ところが、現實の歴史の社會は、特殊資本制的社會たるところより、その中に階級的矛盾對立を當然胎むものであり、したがつてそこに成立する法的當爲も、この階級的對立のため、階級的意識として顯著な對立を示めずに至る。同じ歴史の社會を基盤にしながら、對立的當爲の成立するに至ることは、それぞれの階級の占める存在的性格とその志向上の態度によつて、二重に倍比されて規定されるが故に他ならない。こゝで十分注意しなくてはならないことは、法的當爲は、現實的歴史の社會の生産關係により決定されるとしても、それはどこまでも、意識の類型的現象であり、當爲意識として現實化するという

論 說

論 說

ことである。かゝる對立的當爲意識が具體的實踐を媒介としつゝ一方では階級的力の優越により自ら精神的力となることにより、他方又法的規範として内容的に化体することにより、法秩序として展開するに至るのである。これを客觀的法秩序と稱することができらるであらう。

かような意味で、法的規範は先ず第一次的には命令規範であり、それは亦當爲意識として自らを發展せしめるものであるから、はじめ行爲者人格に妥當することによつて行爲を規制するといふべきである。客觀的違法論を主張する立場からは、法規範は命令規範のみであるか否かという問に對し、法規範は第一次的には評價規範であることを要求する。しかし、一つの法規範たるべきものが、命令規範と評價規範との相互に全然獨立した二つの体系に分別されることは正當ではない。法規範の構造については改めて次節において展開するところであるが、法規範は「評價」をはなれては存在し得ないのであつて、それと一体となつてのみ「規範」たる性格を所持し得ると解すべきである。そこで精々一つの法規範の中に相異なる側面として命令の機能と評價の機能が認められると考えることの方が正しい。現在客觀的違法論をとる一般の立場からも規範の構造はかように解されているのであつて、もはや相互に獨立して二つの規範体系を認める立場には決して賛成しない。即ち、法規範を以て評價機能と命令機能と考えることは、法規範は元來自然的觀察の下では分離し得るものではなく一体として考察するべきことを示すとともに、たゞ目的論的ないわば機能的觀察に従つてのみ分別することができるといふことの正當なる結論をみちびいているのである。そこから、通説は違法は法規範のもつ評價機能の侵害であるといふ。むしろ、法規範に、當爲性と價值性の二つの側面があり、價值性は論理的に當爲性の前に存しなければならぬことも當然である。しかし、法規範も機能の面では、當爲性と價值性が對等の權利を以て存在し得るとしても、そのいずれが法規範にとつて本質的であるか、いゝかえれば、法規範を第一次的には命令規範と解すべきか、評價規範と解すべきかといふことも解決しておかなくてはならない。これは

勿論法規範の發生論的問題であろうが、それを解決しておかなくては法規範のもつ社會學的なる性格を体系的に理解することはできず、法益概念を範疇的綜合概念として構成し得ないであろう。既に述べた如く法規範は第一次的には命令規範でなくてはならない。即ち、法規範は事前においては命令規範であり事後においてはのみ評價の機能をいとなむ。次に、違法判断は評價機能に關係せしめて考察する方がより實踐的であるか否かは、單に法秩序は外部的に秩序づけられた人間の態度を要求し人間の内心性傾向はそのために必要な範圍内でのみ考慮されるにすぎない、というだけでは足りない。蓋し、法規範を命令規範だと考えれば、さきにも述べた如く、法秩序は、はじめ行爲者人格に妥當することによつて自己を展開せしめるからである。違法判断は責任判断に對し論理的に先んじなくてはならないということは、違法性と責任性の關連から生ずる構造によつて制約される結果であつて、いわば一種の思惟經濟たるにとどまる。主体的にのみ了解し得る責任判断において、判断者の權威主義を脱脚するためには、行爲者の動機形成過程を捨象して、もつぱら客觀的に體驗の對象たらしめ得る現實的人格態度に對する判断から出發しなくてはならない。これが違法性と責任性の關連であつて、こゝから、違法判断は、法規範から一先ず命令性を捨象して、その評價機能に關係せしめて判断されることとなる。そこでたとえ法規範を以て命令規範と解しつゝも、主觀的違法論たり得ざる論據があるのである。たゞ、法規範を以て命令規範と解するところから、法的規範を理解しこれを形成し得る能力を欠く者は客觀的的法秩序の構成主体たり得ず、違法判断の對象たり得ぬこととなる。この命令規範を立法者たる國家が可罰的觀點より定式化したものが裁判規範たる法規範である。この裁判規範たる法規範をわれわれは通常實定刑法と稱しているにとどまる。

そこで、法的評價は裁判規範を中核とする可罰的評價とともに、命令規範に立脚する規範的評價をも除外してはならない。それにもかゝらず、通説は可罰的評價にのみ終始し規範的評價ということを全く度外視しているものとい

つてよい。それは一に法的規範のもつ歴史的限界性を意識せざるところから生じた方法論上の欠陥であろう。かような規範的評價をも重視する規範主義的刑法學は、むしろ、既に、ドイツにおいて碩學ビンディングによつて主張されたところであり、わが國にあつても宮本博士によつていよいよ發展せしめられたところであるが、われわれが今改めて規範主義刑法學と稱しようとするものは、兩者のとくところとこの意味において全く異なるものであり、解釋論的にあきらかにされるべき刑法理論學の体系も必しも同一ではない。

即ち、以上の論述からもあきらかな如く、われわれが規範主義刑法學を主張しようとする直接の根據は、法的規範のもつイデオロギー的性格を重視するからに他ならない。そもそも、法的規範は法的當爲を中核にして現象するものであり、この當爲性は階級的意識の規範化によつて成立するものであるにもかゝらず、成立するや直ちに、正義・公平・法的安定性などの形式で普遍化され、元來、階級的に特殊性要求たるものを普遍妥當な形式で欺瞞するに至る。そこで第二に、法的規範はその成立の基礎たる、いわゆる下部構造の階級的制約を全く脱して独自の法則を以て自ら展開するものと考えられるに至る。かような意味に理解さるべき法のイデオロギー性は、ブルジョア市民社會においてその保護者たるべき國家の權威の強調に外ならず、刑法理論學において規範主義を採用することによりよくその本質を曝露し得るものであると信じる。それは一に、責任理念の虚偽性、刑罰理論の虚偽性なる二つの面に顯現して來るであろう。

法規範は前述のように實踐的價值意識の中に展開せしめられるものであるが故に、その構成主体には法秩序の當爲に對し積極・消極關心を懷くべき姿態構造が要求されているものといわなくてはならない。これを當爲形成的人格構造と稱することができらるであろう。そこで、犯罪行爲とは、當爲に無關心な心構が時宜に應じて具体化したものに他ならない。かくの如き法理學的考察からも、刑事責任とは、法秩序に對し無關心なる反當爲的人格構造を對象として行

爲者を非難するものであるといわねばならない。そこで、たとえ、責任非難において潜在的な人格体系を對象としつゝも主観主義刑法學がいう如く、反社會的情操、社會的危險性が非難の内容をなすものではなく、官本博士も主張された如く、法秩序の當爲に關連せしめて考察されなくてはならない。この意味からも、構成要件は第一次的には行爲者類型を定式化したものといふべきである。

構成要件は一方行爲者類型であるとしても、それはたゞ素質によつてのみ形成されるのではなく、體驗の集積たる生活經歷に影響されそれによつて展開せしめられるのである。それ故に、命令規範たる刑法規範は、現實には行爲を命令禁止し、そこから構成要件は又行爲類型であるとも考えられなくてはならない。しかし、人格は潜在的な体系と現實的な態度と二つの面において考えられるにしても、この現實的な態度もその背後においては潜在的な体系に密接につながるのである。即ち、現實的な人格態度は潜在的な人格体系の現實化として、それに構造的に規制されているといわねばならない。それ故、規範的には、刑事責任の基調はどこまでも潜在的な人格体系に存するのである。たゞ、潜在的な人格体系は現實的な人格態度により形成されると解する點に、規範的評價に立脚するのであつて、こゝに、性格責任論と軌を一にし得ないものが存する。

主観的な責任に對し、違法は客觀的のといふとき、さきに述べた如くそれは、潜在的な人格体系を捨象して客觀化した現實的な人格態度を評價することであると考える。しかも、潜在的な人格体系と現實的な人格態度とは、以上の如く、構造的關連をもつところより、違法判斷も亦責任判斷により目的論的に規制され、違法性と責任性との間にも密接な關連がなくてはならない。^{二六}しかも、違法性は構成要件的に規制されるため、違法性と責任性の關連といふことは結局可罰的違法性と「規範」的責任性の關連となるのであつて、こゝから、刑事責任は、たとえ、規範的には人格責任の理論であるにしても、「可罰」的には類型化された現實的な人格態度によつて制約される。こゝに、責任理論にお

ける規範的評價と可罰的評價の交錯、いゝかえれば、違法性と責任性の關連が認められるのである。この「違法と責任の關連」という提唱の中に、同じく人格責任論に立脚しつつも、他の論者といさゝかその構成を異にするところの論も見出すのである。

そこで、われわれは節を改めて、「違法と責任の關連」を考察し、刑事責任の本質をより明白ならしめることとする。

- (一) Mezger, Schuld und Persönlichkeit, 1932, S. 15f
- (二) Stooss, Schw, Z. 23, 1930, S. 391, Oester Z. 1911, S. 10; Gutlerz, Gross Arch. 39, 1910, S. 94; Freytag, Das Schuldproblem in Vor-entwurf, 1912, S. 69; Kadecka, Gerichtsz., 1925, Sondernummer, S. Xff
- (三) 井上、刑法總論(昭二四年)四〇頁以下參照
- (四) Lenz, Grundriss der Kriminalbiologie, 1927
(吉登譯、犯罪生物學原論「昭」三年)
- (五) 團藤、「人格責任の理論」、法哲學四季報二號一一七頁以下
- (六) Mezer, a. O., S. 15
- (七) 木村、「刑事責任の本質」、法哲學四季報二號二三頁
- (八) Mittermaier, Kritische Beiträge, S. 31
- (九) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, S. 228
- (十) Freudenthal, Schuld und Verwurf im geltenden Strafrecht, 1922, S. 7
- (十一) 同說、不破、刑事責任論一四頁
- (十二) 法學理論篇 二卷所載
- (十三) Klein, Grundzüge d. gem. deut. penal. Rechts, 1799, S. 100

(一四) 法規範を第一次的に命令規範と解すか評價規範と解するか、という問題については、井上、前掲、「違法と責任の關連」・參照
(一五) 宮本、「規範的評價と可罰的評價」(牧野博士還曆祝賀刑事論集)

(一六) 井上、前掲論述參照

五 人格責任論——責任判断における違法性の制約機能——

わたくしはさきに「違法と責任の關連」という問題につき簡単な考察を加えたことがある^(一)。しかし、それは文字通り「一つの覚え書」程度にとどまつたので、十分な展開も行い得なかつたし、又それだけになりに誤解も生じたようである。ともあれ、そこで述べた結論、即ち、違法性は責任性に對しこれを制約すべく、兩者の間には從來余り氣づかれなかつたある種の紐帶が存する、ということは今でも確信するところである。前節において一應あきらかにした如く、私見によれば、責任の基調は行爲者の潜在的な人格体系に存すると考へるが故に、ある意味では主觀説のとり性格責任論とそれ程のへだたりがないこととなるであろう。しかし、かような行爲者責任の原則は、可罰性の限度までこゝに求めることになれば、行爲者の権利の保障ということにつき必しも十分ではなく、その點、われわれの實踐的要請にそい得るものではない。この論理的要請と實踐的要請との間に存する矛盾は、どこに解決を見出すことができるであろうか。規範的に刑事責任の基調を行爲者に求めようとすることは、論理的にみれば正當である。しかし、可罰性の限度は實踐的要請から現實的人格態度に顯現したところにとどめざるを得ない。この相矛盾する規範的評價と可罰的評價の統一的綜合こそ、違法性と責任性の關連ということに他ならない。蓋し、現實的人格態度に對する評價こそ、違法性の本質であると考へるからである。

最近發表した二・三の論稿は、すべて、この「違法と責任の關連」という一つの問題につき、できるだけいろいろ

角度なから考察して來たものであつた。

説 何よりも本稿において「刑事責任の本質」⁽¹⁾として論じようとするものは、責任の基調が行為者人格に存すること、その意味では「人格責任論」と稱すべきであらうが、人格責任の理論は規範的評價にもとづく歸結であつて、そのため、可罰性の限度は違法性の限度により制約さるべきこと、即ち、「違法と責任の關連」に關する問題を提起しようとしたのである。むろんかような提案は、單に實踐的要請からのみならず、解釋論的にも基礎づけられる必要がある。その一つの場合として、過失概念の分析を行い、從來責任の問題としてのみ處理されて來た「過失」も、正當に分析すれば、その中に、責任性の要素のみならず、違法性の問題も亦含まれることを結論した。即ち、刑法上の過失は、責任の問題へたち入る前に、違法性のそれが肯定されなくてはならない。「過失の實證的研究」⁽²⁾と稱するものがこれにあてられた。第三には、われわれの如き提案は、何よりもはじめに違法論に關する新な解釋と体系を要することはいうまでもない。その一つの試みとして、心理的な意味での「故意」及び「過失」に於ける心理的な要素は、これを違法要素と解すべきであり、行為の法益侵害性に關係することを示唆しようとした。故意・過失はいつれも行為者人格に於ける非難性で統一されながら、その現實化である心理的内容において區別されること、この故意・過失の區別の標準たるべき心理的要素こそ、現實的人格態度たる行為の裏にあつて、脈うちつゝ行為じたいに意味をあたえる「主觀的違法要素」であることを考察した。「故意と過失の限界」⁽³⁾なる小稿がこれであつた。

しからば、何故、故意・過失は行為の法益侵害性を左右するであろうか。通説の如く、法益概念を客體的に經驗的存在として把握し、これまた經驗的なその侵害・危殆を以て違法であると考える立場からは、故意・過失も亦行為の違法性に關連しこれを左右するという主張を理解することは全く不可能であらう。しかし、故意・過失を以て一種の違法要素と解し得てのみ、「違法と責任の關連」なる新たな主張は肯定され得ることとなる。蓋し、心理的要素とし

ての故意・過失は、積極・消極、責任の基調たる行爲者人格の顯現であるから。たゞ、このような提案は、結局、違法論の反省からはじめられなくてはならない。即ち、とくに「法益概念」の考察と違法理論の前提たる「法規範の構造」とが改めてとり上げられる必要がある。

そこで、われわれは改めて以上の問題につき少しばかり考察を加えつゝ人格責任の理論を建設したいと思う。これが本節の目的である。

(一) 井上、「違法と責任の關連」法律時報二一巻一一號八頁以下

(二) 井上、「刑事責任の本質」法政研究一七卷合併號にその(一)を論じたが、それは本文の序説である。

(三) 井上、「過失の實證的研究」法學理論篇一二八

(四) 井上、「故意と過失の限界」小野博士還歴祝賀論文集未刊及び刑法雜誌一巻二號(未刊)

(五) わたくしはかねてから違法理論の反省こそ刑法理論における急務であることを痛感もし強調もして來た(井上、刑法總論「昭二四年」九七頁以下とくに一〇三—一〇四頁)。最近平野助教授が有益なる論作を發表し違法論の構成に對し一歩前進された(平野、「故意について」法學協會雜誌六七卷三—四號)。根本においてわたくしがつねづね考えて來たこととそれ程のへだたりはないと思うが(井上、刑法總論一〇四頁参照)、その理論構成はまことにすぐれたものである。この問題につき、わたくしがいさゝかでも反省を加え得たとすれば、それはすべて平野助教授の示唆に負うところのものが多し。わたくしはたえず同助教授の前掲論述を引用して來たが、この機會に深く感謝の意を表する次第である。

違法の本質なり内容をいかに把握すべきかという問題は、結局、先ず第一に「法益概念」をどう構成すべきかに係っている。いうまでもなく、法益概念の理論的展開は、啓蒙期の刑法理論が犯罪の本質をいかに把握したかに在する。國家は刑罰を規定することにより國民の自然権を保障するものであると解する限り、犯罪とは「權利」の侵害であつて、保護客体として「權利」が考えられるに至つた。とくにかような主張は一九世紀フォイエールパツハによつ

て代表された學說であつて、「各犯罪の直接の對象は他人の權利と權利に相應する義務である。その間接の對象は人である」^(一)「犯罪とはそれ故刑罰法規によつて規定された他人の權利を侵害する行爲である」^(二)「刑罰法規はたゞ權利の保護のためにのみ存在するのであるから、權利の侵害のないところには、刑罰法規の違反を考へることはできない」^(三)と述べている。これは全く、警察國家による自由の制限を抑制して、國家によりはつきりと命令禁止されていけないところのものは、國家的自由の領域として各人に權利を與えようとしたのであり、政治的世界觀的なものに基礎づけられていた。しかも重要なことは、以上の説明からもあきらかな如く、彼は權利を特定の意志主体と關係せしめて考察し、殺人は生命權の侵害であり、略取・誘拐・強姦などは身体の自由處分權の侵害であると説明していることである。もしかような解釋が正しければ、特定の意志主体と結びつかない犯罪たとえば公共危險罪などはこれを説明し得ないこととなる。ところがかような權利を以て法益概念の中核と考へる學說は、立法の上にも強い影響を及ぼし、さきに述べた、特定の意志主体とは結びつかざるが故に「權利」概念を以ては説明し得ないような犯罪は、刑罰法規の中から除外されるまでに至つた。

この權利説を批判したのは、一八三四年ビルンバウムの論文であつた。^(四)彼は權利説の實際にはその適用範圍が余りにも狹隘な自然法的・個人主義的な法益概念を否定して、それを内容的に規定しようとした。その際、犯罪の侵害性を權利に關係せしめたのではなく、財(Reich)との關係の下で考察したことは、フォイエエルバッハに比し一段の進歩であつた。曰く「國家權力によつてすべての人に平等に保障された財の侵害・危殆にして人間意志に歸責し得るものが事物の本質或は理性的にみて犯罪として可罰的である」^(五)と。かような法益概念からは、又、宗教犯罪或は道德に對する犯罪の如く、なんら權利の侵害をとまなわれないが故に、權利説がこれを犯罪として把握することを拒否したところのものも、「一般に保障された國民の共同財(Gemeingut des Volkes)」として把握することができた。しかしなが

ら、ビルンバウムの法益概念も結局、「權利」概念にかえてこれを「財」として表現したという以外別段新しいなものもなかつた。たとへば、殺人罪を生命「權」に對する侵害として定義することは、余りにも不自然であるといふところから、日常の用語例に相應した表現をあたえようとしたまでであつた。彼自身フオイエルバツハと同じく啓蒙的世界觀に立脚したものであつて、フオイエルバツハの自然法的犯罪概念が實定法に對し許しがたいものであるとまで批判しようとしたものではない。それ故、フオイエルバツハの理論の欠陥を決定的に探究しようとしなかつたのみならず、根本的にはその立場を是認さえしているのである。^(四)

かくて、法益概念の變遷にとつてもつとも重要なことは、それら理論がよつて立つ世界觀的基盤の發展即ち、啓蒙的個人主義に立脚する世界觀の克服といふことであつた。その嚆矢をなすのはイエーリンクの「法における目的」に表現された定義である。^(五)彼は法の目的を社會の生活條件の保護に求め、犯罪をもつて、立法によつて確認され刑罰によつて保護された社會の生活條件の危殆であると把握した。彼につゞく者としてビンディングの法益概念がある。曰く「法益とはそれ自体法律ではないが、立法者の眼には法律共同体の健全なる生活條件として法律共同体のために價値があり、それが變更されず且つ攪亂されずに保護されることに、自己の見解上法律共同体が利益をもち、且つ、それ故に、立法者がその規範によつてこれを希望しない侵害又は危殆ならしめることに對し確保せんと努力するところのものである」と。^(六)そこで、ビンディングにしたがえば、法益とはつねに全体の法益であつて、全体の利益のためにのみ個人の感情・生命・名譽は保護されるのであつた。

論 說
ところが、かように「社會」の立場から法益概念を構成するといふことは、必しも容易に法律科學がたどつた道ではなかつた。そのことは、イエーリンクの學說を極端にまで發展せしめたビンディングの法益概念よりは、却つて、イエーリンクじしんに賛成者を見出したという點からもあきらかであつた。かくて、その後の法益概念の發展は、へ

ルツやケツスラーに見出されたのであるが、彼等は、イエーリンクが「財」の意義をとくに客觀的な内容として把握したのに對し、純粹に心理的な事實として即ち、利益の主体と客体との間における心理的關係として把握した。その全体が各人の個人的幸福を増進する利益の保護が法の任務である、という。自然人についてのみ、心理的現實としての利益の侵害といふことがあり得るが故に自然人のみが犯罪の客体として把握された。それ故、利益の主体が意識的な意志を以て財に對する危険を容認したならば、法益は存在しなくなるのである。これは全く法が個人の意志に隷屬することになつて正當ではない。かような法益概念は現在既に克服されたものであることはいうまでもない。

かようにして、法益概念の發展の中で、イエーリンクやビンディングのしめた正當なる地位は、余りにも力弱きものであつたといふほかない。法益概念は全く個人主義的の觀點から把握しつゞけられたのであつた。

そこで、最近の法益理論の努力は、個人主義的の觀點より、法益を客體的に把握することをやめ、これを社會的に價値として構成することに向けられたといつてよい。ホーニヒ、シュピング、メツガーなどはその系譜にぞくするものである。シュピングは、刑罰法規の任務を共同社會の價値の保護に求めている。かようにして理解された法益は、立法者により個々の刑罰法規の中にみとめられた、もつとも簡單な形式による「目的」であり、法學的思惟が各刑罰法規の意義と目的とを理解しようとする「範疇的綜合」概念であつた。かくして、當初、啓蒙的・個人主義的・功利的なものであつた法益概念も百五十年の歴史のうち、漸次「精神化」され共同體の價値として把握されるようになった。ビルンバウム流の法益論は、つねに法益を以て經驗的實在としてこれを客體化し、犯罪による侵害もその「現實的變更」を意味するものと考へていた。しかし、かような法益概念は、道德に對する犯罪・宗教に對する犯罪・各譽犯罪の如く、その經驗的實在領域ではなく、もつばら「觀念的作用領域」(Idea-Ider-Wirkungsbereich)が問題にされる犯罪を必しも十分に説明し得たものとは考へられない。このことは、又、あたかも經驗的實在領域が問題とされる典型

的な場合と考えられやすい財産犯罪についても同様である。こゝではもはや個々の財産侵害が問題ではなく、「財産権」という抽象的な觀念領域が中心となるはずである。かゝる中であつて、シユビンゲ、ホーニヒなどの法益概念の定義は、「法益概念の精神化」を企てたものであり、まことに「一つの方法論的進歩」といわざるを得ない。しかし、こゝにも、法益が具体的に侵害・危殆ならしめられることが必要であるとする「因果的思惟の傳統」と「犯罪の現實的結果」の表象が残存しているといふ得る。たとえば、ホーニヒが、権利者の限定されたる支配領域における自由なる活動、その貫徹或は他人によるその侵害を、かつては權利・請求・保護客体としてあらわれたる權利者の活動領域の現象形式としてみると、そこには刑法上の法益と民法上の請求・權利との同一視が存した。かくては、法益を範疇的綜合となす思想と侵害の容体となす思想との間に矛盾が存することとなる。かような法益の對象化はどこまでも拒否しなくてはならない。財と利益とは「單純に同一概念の客觀的及び主觀的側面」であるとか、ホーニヒの如く「財と利益とは相關概念であつて、財の概念は利益の概念を前提とし、逆にあることに關する利益はこのあることを財にまでたかめる。かゝる理由から、利益の概念を以て（中略）價值ありと認められた客体そのものと表示するところの用語法は全く正しい」といふことはできない。それを、法益と保護の客体とは、刑罰法規によつて保護されるという點では兩者共通であるが、法益にあつてはその價值ありとされる點に本質があるというだけでは、「價值に關係した實在」ということであつて、かような二元論の根底には依然法益概念の對象化の努力が根強くはらまれているのである。

説
かように、法益を對象的に把握しようとするところには、構成要件は全然一つの結果形式として把握され、行爲の態容 (Art und Weise der Begehung) が何故その違法性の程度に關連するか説明することはできない。犯罪とは、限縮的正犯論者のいう如く、類型的利益の侵害ではなく類型的な利益侵害でなくてはならない。かくて、法益の概念は、か

ラスのいうように、侵害の客体ではなく評價の尺度であるということになる。ガラスは結局法益なる語をすて、利益なる表現により、その利益を、「法律的無價值判斷の規準」(Kriterium eines rechtlichen Dwerturteils)とした。^(一四) かりに、價値も亦對象性を有しその浸害ということがあり得るとしても、^(一五) 必要なことは、それが經驗的實在としてあるのではなく、精神的作用關係の中に存するということである。

したがつて、法益の侵害が違法であるというとき、それは刑罰法規に化体した「價値」に反し、それが無價值判斷に値するということにほかならない。法益と保護の客体は嚴重に區別されなくてはならない。法益は、もつとも單純にしてしかも刑罰法規のもつ意味なり作用を綜合的に説明し得る弾力性ある概念であることを要する。^(一六)

かようにして、われわれは法益概念の變遷の中から、「法益」の精神化の必要に到達し得た。結局、法益とは、法規範の評價機能の前提たるべき、いはゞそれを基礎づけるべき「價値」、即ち、われわれ独自の表現にしたがえば、法規範の中に化体せる支配的なる「階級的當爲」ということができる。法秩序の展開すべき「社會」は、いふまでもなく、「社會一般」ではなく、すぐれて政治社會であり階級對立を豫定する存在である。その中にあつて、直接・間接資本の再生産運動に干與することは、そこに實踐的價値意識を發生せしめる。しかも、かゝる實踐的價値意識は、その基盤たる社會法則によつて類型化され、一つの社會意識として對立的構成を遂げるに至る。さらに、かゝる社會意識は、階級對立と抵抗との中にあつて、實踐を要求する「當爲」として顯現して來る。かような「當爲」が階級的力の優越を基盤とすることにより命令的機能をいとむところに法規範が存在するに至る。即ち、法規範の中核は當爲であり、この「當爲」こそ刑罰法規全体の範疇的綜合概念たる法益にほかならぬ。

かように、法益概念を構成すれば、いわゆる法益の侵害として犯罪も、これを經驗的實在としてではなく、全く精神的作用として構成することも左程困難ではない。

われわれは、その問題に直接立ち入る前に、「法規範の構造」を考察しておきたい。蓋し法規範の構造は又よくその理解へ資するところが大きいであらう。

- (I) Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801, 37, 39
- (II) Birnbaum, über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechen, 1834
- (III) Birnbaum, a.a.O., S.179
- (IV) Vgl. Honig, Die Einwilligung des Verletzten, 1. Teil, 1919, S.60
- (V) Hering, Der Zweck im Recht, Bd.1, 5. Aufl. 1916, S.387
- (VI) Binding, Normen, Bd.1, S.352
- (VII) Kessler, Gerichtssaal, Bd.39, 1887, S.111, 117; Herz, Das Unrecht und die allgemeinen Lehre des Strafrechts, Bd.1, 1880 S.56ff.
- (VIII) Honig, a.a.O.; Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; Mezger, Strafrecht, 1931
- (IX) Honig, a.a.O. S.94; Schwinge, a.a.O. S.31; Mezger, a.a.O. S.200
- (X) Honig, a.a.O. S.98/99
- (XI) Kessler, Die Einwilligung des Verletzten, 1884, S.51
- (XII) Honig, a.a.O. S.73f.
- (XIII) 木村, 「刑法に於ける法益概念」官本博士還暦祝賀現代刑事法學の諸問題(昭和十八年)四〇頁
- (XIV) Gallas, Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, S.61
- (XV) 木村教授はガラスを批判して、「價値」も對象性を有し得ると、又その「侵害」ということも考えられると述べておられる(木村, 前掲書七〇頁)。
- (XVI) 平野, 前掲論述六七卷四號六五頁以下参照

説論 法益概念については、これを對象化し客體的に把握することの不可能なことを一應考察して來た。われわれは、結論的にみて、「法益の侵害」という場合、行爲者の「人格的要素」までも考慮される必要のあることを主張しようとするものである。そのためには、先ず法益概念を経験的實在として把握することなく、これを抽象化し精神化する必要がある。しかし、かように、客觀的價値として法益を把握したゞけでは、何故人格的要素までも違法要素たり得るかは説明されない。蓋し、さきに木村教授の所説を引用した如く、價値そのものもこれを對象化し、その「侵害」ということを考へ得なくもないからである。たゞ精神化された「價値の侵害」ということは、決して經驗的實在として理解できず、これ又精神的作用領域の中で把握しなければならぬ。しからば、精神的作用領域としての「價値の侵害」とは何を意味するのであろうか。この點が究明されてこそ、人格的要素も亦「法益侵害性」を左右する違法要素たり得るのである。

法益の侵害とは、前述の如く、法規範の評價機能に反することである。しからば、法規範の評價機能とは何であるか。論述は當然「法規範の構造」を説明すべくすゝむこととなる。

(一) A・メルケル、トーンなどは法規範を以つて命令禁止の全体であると解した。法規範をもつて命令規範と解することとは、その構造を理解する際のもつとも端初的な考へ方であつた。

(二) これに對し、ゴルトシュミットは、「法律規範」と「義務規範」をそれぞれ對立的に把握し、個人に對して一定の外部的態度を命ずる「法律規範」と、その外部的態度をとるに必要な内心的態度を命ずる「義務規範」の存在をあまりにきらかにした。この義務規範は法律規範に對する保障規範であつて、法律規範の要求する外部的態度をとるべく、義務觀念にもとづく動機力によりその効力を保障している。(三) たゞどこまでも、法律規範と義務規範とは別個の存在であることを銘記しなくてはならない。この法律規範によつて客觀的な違法性の判斷に達し、義務規範によつて主觀的な

る責任の判断に達する。法律規範と義務規範の對立に照應して、「責任なき違法」があり得るとともに「違法なき責任」が存在することとなる。^(四)

ゴールトシュミットは、法律規範と義務規範の對立ということについては、最後まで自説を固持してゆすらかなつた。^(五)

その間にあつて、兩者の對立は決してそれぞれ獨立の規範として存在するのではなく、實は一つの規範の作用の相違であるとする學説があらわれた。まず、メツガーの主張したところであるが、その所説は法規範の構造を解明するに劃期的役割を果たした。

メツガーは、法規範の構造につきそれは、「認識論的な法概念の問題であつて規範的な法理念の問題ではなく、又法の存在の問題であつて法の當爲の問題ではない」ことを前提としつゝ、「法は命令規範のみであるか、又は命令規範たると同時に評價規範でもあるか」と問題を提起した。そして曰く「この場合の答は全く明白である。即ち、命令規範としての法は評價規範としての法なしには全然考えられない。評價規範としての法は命令規範としての法の無條件的前提である。もし人が法をまず評價規範として理解することなく、命令規範として把握しようとするならば、それは法の考察を根本的に否定することとなる。蓋し、何人かに何事かを命令しよう（決意せしめよう）と欲する者は、まずそれより以前にその命令しようとする事柄を知つていなければならぬ。しかもその事柄を一定の積極的意味で評價（即ちその價值を肯定）していなければならぬ。命令規範としての法はその論理的前提としてつねに評價規範としての法を豫想し、客觀的生活秩序としての法を豫定している」と。しかも、法規範の構造に關するこの實踐的要求は、メツガーの「名宛人なき規範」(Adresslose Norm)の思想が、理論的基盤を提供したのである。結局、法概念の確定にとつては、法の評價規範としての把握がその先驗的前提であつて、法規範にはその「名宛人」を必要と

しないというのであつた。

説　ひきつゞき、E・シュミットはメツガーの法規範論に依りつゝ、法規範を評價機能・命令機能の二つの作用の面から考察している。^(七)即ち、E・シュミットは、ゴールトシュミットが、法律規範を義務規範とは全然別個に獨立したものと考察した點を完全に否定し、兩者は一つの法規範の一つの作用であるということを主張するに至つた。後述する如く、まことに正當な結論であつた。法はまず客觀的な評價規範の綜合としてあらわれる。しかし法はそれだけにつきるものではない。もし法の作用がかような客觀的な評價規準をあたえるにつきるものであるなら、結局、國家的協同体を保障し規律づけ、かつ、それを維持する規範秩序たり得ない。即ち、法は評價規範としての機能のほかになお他の一つの目標に重要な作用を營む。これが法の命令規範としての作用である、とする。しかも、この命令規範としての作用が、意志決定規範として働く面を考察し、命令規範と責任の關係を明白ならしめた。メツガーは、その考察を評價規範に集中し客觀的違法の構成に努力したのに對し、E・シュミットはそこに看過された責任の問題を展開したのであつた。その結論は大體ゴールトシュミットの所説とそれ程へだたるものはいが、法規範を一つの規範としてこれを全体的に考察したことは、E・シュミットの大なる功績であつた。

かようにして、法規範の構造に關連せしめて、違法と責任の關係を考察しようとする學問的努力は一應体系的に樹立されたものといつてよい。即ち、評價規範としての機能は命令規範としての機能の論理的前提であり、違法は前者に責任は後者に關係せしめて評價されなくてはならぬ。

かゝる法規範の構造が、大體刑法學における支配的地位を獲得しているといつてよい。その間にあつて、わが宮本博士は主觀的違法論の立場から、法規範を「事前においては命令規範であり事後において評價規範である」と主張されたことは周知の如くである。これに對して客觀違法論の立場から一貫した攻撃の加えられたことを知らない。わす

かに、瀧川教授と佐伯元教授の批判が存するにとどまる。とくに佐伯元教授のそれはかなり体系的であつて、宮本博士じしん反省を要すべきものが存することを認めなくてはならない。しかし、わたくしは、佐伯元教授の批判の痛さをある程度認めつゝも、結局その所説に全面的には賛成し得ざることを告白しなくてはならない。兩者の論争の過程に對する簡単な批判は、さきに發表した「違法と責任の關連」においてふれておいた。そこでできるだけ重複を避ける意味から、われわれじしんの結論へいそぐべきであろう。前記論述では、われわれ自身の「法規範の構造」については余りふれることはしなかつた。少からざる誤解が生じたことの一端はこゝに基因したものと考えられる。

法規範の考察にあたつて、評價機能は論理的に命令機能に先んじなくてはならないということは全く正しい。この點に關する限り、別段争わなくてはならないものはない。たゞ、問題は、評價機能と命令機能とは、論理的に考察する限り、平等の權利を以て存在すると考え得ても、元來、法規範にとつていずれがその本質であるか、ということである。ゴルトシュミットがE・シュミットを批判して、「命令規範は事前においてこそ内心的態度に對する命令であるが、事後においてはその評價規範たるはずである。だが、それが内心的態度に關して命令たると同時に評價の規範たり得るとすれば、外部的態度に對する評價規範も亦同様である。即ち、客觀的違法も亦單に法的な反價値の評價を加えられるだけでなく、また法的命令に違反する外部的態度である」というが眞に正しい。が、しかし、ゴルトシュミットのかゝる主張から、命令規範と評價規範とはそれぞれ別個の獨立した規範であると結論することには賛成し得ない。蓋し、命令規範は「評價」を前提とせずには存在し得ないからである。評價と切りはなしては、いかなる命令規範も存在しない、という宮本博士の考察はまことに正當であつた。又、逆に、一定の外部的態度の評價といふことは、ゴルトシュミットの説く如く、それが命令されているから評價があるのであつて、命令をはなれては評價も存しないとわづらざるを得ぬ。かような主張は法規範の發生論的な問題に關することであり、その限りでは、佐伯元教

授が根強く拒否される如く、法規範の論理的な問題としての構造論とは相關連するものないかにみえる。しかし、法規範の發生論的考察を全然除外すれば、そこに顯現する「評價」とは、命令規範の單なる裏返しによつて獲得される抽象的存在にすぎなくなる。かように全く抽象的な評價が、違法判断の規準になるとすれば、いかにしてそれは刑罰法規全体を指導する「範疇的綜合」概念たり得るといふ得るか、はなはだ疑問である。むろん、かような提案はその「評價」を内容的に規定することを要求するのではない。それは既に法益概念の考察において拒否したことであつて、もし評價が内容的になれば、これ又決して刑罰法規の全体を指導する弾力性ある概念とはなり得ぬ。たゞ、こゝで要求されるのは、「評價」じたいの發生論的な考察にとゞまる。即ち、かくしてこそ、はじめて、「評價」がイデオロギイ的存在であることを知り得るであらう。即ち、われわれの主張する「容觀的法秩序」に關連せしめて法規範の構造を考察することにほかならない。それは法益概念の考察においてふれた如く、實踐的價值意識₍₁₀₎に當爲₍₁₁₎命令の構造的過程を想起しようとするものである。實踐的價值意識は階級的意識であり、それは即ち、階級的當爲として法規範の中核をなすものであることさえ認めれば、法規範の一つの機能としての評價も、「階級的」評價たることがあきらかとなるであらう。

法規範の中核はかゝる「階級的當爲」である。それが命題を形をとつて規範化することによりそこに法規範が生ずる。かように考察して來ると、法規範の本質は命令規範に存することあきらかである。それが、各人に實踐的價值意識の構成を命じ、それによつて自らを妥當せしめるのである。いうまでもなく、かような考察が、法の妥當性の問題を各人の意識に依存せしめようとする、事實的₍₁₂₎心理的妥當性を意味するのではない。たゞ、究局においてその意味では觀念的₍₁₃₎法規範的₍₁₄₎法の妥當性は階級的₍₁₅₎力に担われた₍₁₆₎その意味では社會構造的なる₍₁₇₎實踐的價值意識に依存するということである。

かくて、法規範は先ず當爲として行爲者人格に妥當する。しかも、行爲者人格は現實的なる人格態度により形成されるので、第一次的には行爲を命令する。行爲を命令性に關係せしめて評價すること、即ち、その動機形成過程を評價の對象たらしめるところに責任性の問題が存する。ところが、この動機形成過程それじたいは、客体的に認識の對象たらしめることはできず、たゞ主体的に了解する以外にない。こゝに、現實的人格態度を客体的に認識しようとする違法性の判断が生ずる余地が存する。違法判断が責任評價に先行するということは、かような思惟經濟以外の何もでもない。

それ故、違法判断は、動機形成過程が捨象されているという意味で、法規範の「命令性」に關係せしめず専らその評價機能による判断であるということは正しい。それをメツガーの如く、法規範はまず外部的に秩序づけられた人間の態度を要求するという點で、違法判断は客觀的でなくてはならないというのは、その前提そのものが賛成できない。蓋し、法規範は前述の如く先ず行爲者人格に妥當し實踐的價值意識を要求するからである。かりにその前提を認めるとしても、主觀的違法要素は何故行爲の違法性を左右するか十分説明し得ないであろう。メツガーの「主觀的違法要素」に關する理論は別の機會に考察するが必しも十分基礎づけられているものとは思えない。そこには、主觀的要素に對應する客觀的要素が存しないという意味で、責任要素でないことは理解できるが、直ちに、それだから違法要素であるとはいえない。

論 說

以上の點を要約すると、法規範は行爲者人格に實踐的價值意識の形成を命令するものである。それ故、法規範はつねに名宛人を必要とし、名宛人たり得ざる「規範的無能力者」の行爲は違法判断の對象たり得ない。たゞ、それを評價する場合に、先ず命令性を捨象して評價し次で命令性との關連の下に評價するという順序となる。即ち、法規範は第一次的には命令規範であり事後において評價の機能をいとなく、かように解すると、依然、違法と責任とは嚴重に

論 說

區別されなくてはならないことがあきらかとなるであろう。

「法益の侵害」とは法規範の評価機能に反することであると述べた。ところで、法規範は、行爲たる現實的人格態度に對し實踐的價值意識の形成を評價するものである。かように理解すれば、法益の「侵害」は經驗的實在としてではなく、精神的作用の面を把握することもそれ程困難でなくなる。

- (一) A.Merkel, Kriminalistische Abh. Bd. 1, S. 42ff.
- (二) Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878, S. 1ff. 71ff.
- (三) Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldproblem, 1913, S. 145
- (四) Goldschmidt, Notstand, S. 146, Prozess als Rechtslage, 1925, S. 234, Anm. 1287, Normativer Schuldbegriff (Festsache für Reinhardt von Frank), S. 434ff.
- (五) Goldschmidt, Prozess als Rechtslage, S. 234, Anm. 1287, Normativer Schuldbegriff, S. 433ff.
- (六) Mezger, Die subj. Unrechtselemente, Der Gerichtssaal, Bd. 89, 1924, S. 207ff.
- (七) Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 25. Aufl., S. 72, Anm. 2, S. 210, Anm. 4
- (八) 瀧川、犯罪論序説七九頁
佐伯、刑法に於ける期待可能性の思想(下卷)(昭和二四年)二八五頁以下
- (九) Goldschmidt, Normatives Schuldbegriff, S. 437
- (一〇) 井上「刑事責任の本質」本紙前號九一頁註(三)参照
- (一一) 井上刑法總編一〇六頁以下参照

われわれはようやく結論に到達し得ることゝなつた。

法規範は行爲者人格に對しその實踐的價值意識を命令しこれを評價するのであつた。たゞ、その際、思维經濟上

り、先ず命令性に關係せしめず、その動機形成過程を捨象して評價すべきこととなる。それ故、評價において先ず捨象されるのは、直接認識の對象たり得ない動機形成過程でありそれのみである。たとえ、行爲者の主観的な側面といえども、認識の對象たり得る限りすべて違法判断の對象としなくてはならない。違法判断は、主観的な責任判断に對し、客観的に構成されなくてはならないということは、以上の如く、違法判断にあつては、行爲者の動機形成過程に個別的に立ち入ることを否定するものにほかならず、その他の主観的要素が顧慮されてはならないということではない。

かくて、従來もつばら責任性の問題としてのみとりあつかわれて來た故意・過失においても、その心理的要素は、行爲の違法性を左右する主観的違法要素であると考へ得るのも當然であろう。責任判断においては、もつばら行爲者の潜在的な人格体系との關連においてのみ考察され得る主観的側面がのこることとなる。即ち、故意においては、「違法の認識の可能性」であり、過失にあつては、「結果の豫見可能性」がこれである。これらの要素は、別の機會にも考察した如く、たゞ、潜在的な人格体系との關連においてのみ評價判断され得るからである。さきにも述べた如く、法規は當爲を中核とする命令規範として實踐的價值意識を期待するものであり、それ故に、その限りにおいて行爲者人格に妥當するものである。そこで、法規が事前において評價の機能を營むにも—たゞその命令性に關係せしめて動機形成過程を評價するかそれを捨象するか—の區別は存するが、「行爲者人格」じたいを評價するのである。そこで、違法判断において、人格的要素が顧慮されるのも當然であろう。かような結論は、結局、法益概念の精神化とそれにひきつゞく法規の構造より生ずるものであつた。

ところで、故意過失における心理的要素は、潜在的な人格体系の現實化である點で、違法と責任は密接に關連するものと考へざるを得ない。むしろ、故意・過失がある場合主観的違法要素であるというだけでは、責任判断における違

法判断の「控制的」機能をみちびき出すことは困難であろう。しかし、法規範の構造において確定された違法と責任の関連を想起すれば、かような主張もそれ程無理ではない。われわれは、責任の本質を行爲者に求める。もつとも、法益をもつて客体的・對象的に把握する限り、違法とはかゝる客体的利益の侵害であり、單なる經驗的實在として、責任判断の一つの徴表たるにすぎないともいえる。社會的責任論はかように主張するのであつた。われわれは、違法判断をも行爲者人格に關係するといふ意味で、義務違反——それも客觀的なり——である考へる。たゞ、行違も亦潜在的な人格体系に構造的に規制されるという點から、責任の基調は依然行爲者に存す。しかし、行爲はその單なる徴表ではなく、一回的な現實態である點から、可罰性の限度は行爲にとゞまらざるを得ない。この責任判断における違法性の機能こそ、「違法と責任の関連」と考へべきものであつた。この構造的関連の中に、人格責任論の正當なる意味を見出すのである。

む す び

既に別の機會にも考察した如く、犯罪の要素として構成要件該當性・違法性・責任性を分別し得るとしても、以上の如く解することにより、それら三要素は、發展的な構造をもつこととなる。即ち、責任性も亦構成要件によつてもつと正解には即ち類型化されたという意味で「可罰」的違法によつて制約されるに至る。

資本主義社會が獨占金融資本の段階に突入すれば、そこでは國家の權威のみが強調され前期資本制社會で問題にされたが如き國民の自由は全く顧慮されなくなる。他方、責任理論における規範主義は、社會的矛盾の全く解消した世界においてのみ是認され得る体系たるにかゝわらず、それらの解決されるところのない資本主義社會において主張され、ひいては「顛倒したる意識」として展開するところから、人格責任論はブルジョア刑法學のもつイデオロギイで

あり、その中にこそブルジョア刑法學のもつ虚偽性が益々露骨にされることとなる。そこで、國家の權威の前に國民の權利が十分保障されるべきことが、刑法理論學の科學的存在のために必要となるが、そこに、規範的評價と可罰的評價の綜合ということは當然の方法でなくてはならない。

團藤教授も、人格責任の理論を主張されつゝ、「犯罪行爲は行爲者の人格の現實化である。したがつて、われわれはまず第一次的に行爲そのものに刑事責任の基礎をみとめなければならぬ。しかし、また、犯罪行爲はその背後に潜在的な人格体系を豫想するもので、それを切りはなして行爲だけを論じることができない。しかも、かような背後にある人格も、素質・環境の制約を受けながら主体的に形成されて來たものである。かようにして、行爲責任の背後に、さらに人格形成の責任がみとめられなくてはならない。要するに、刑法上の責任は、行爲責任であると同時に、人格形成責任であると考える」とされるが、行爲責任と人格形成責任との關連は必しも明瞭であるとは考えられない。この點、むしろ、不破博士の説かれる如く、「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されたものでなければならぬのであるが、其れはあくまでうらうちであつて、いはば間接的な事柄と謂つてよい」として一應人格的責任の萌芽をみせつゝ、しかもそれを間接的にのみ對象とし個別行爲責任を主張する方が却つてより理解しやすいことであろう。しかし不破博士の所説とて、必しも十分明らかなものではないのではなからうか。即ち、わずかに間接的な意味でしか役立ち得ない人格責任の理論が刑事責任論の中に胎頭して來らざるを得ない所以のものは余り明瞭ではない。この點を明白にするためには先ず、刑法學におけるイデオロギー性を中心にして責任理論における規範的評價と可罰的評價の止揚を考察しなくてはならない。かような主張を十分展開せしめるためには、少くとも、さしあたり、規範の構造及び違法と責任の關連の問題に徹底的に直面する必要がある。本稿では一應刑事責任の本質として、問題の展開を企てつゝ、問題の本質をあきらかならしめようとしたのである。

說
論

- (一) 井上、前掲「過失の實證的研究」五頁以下
- (二) 團藤、前掲「人格責任の理論」一二三頁
- (三) 不破、前掲書九頁

(一九五〇・七・二六)