

Solon Kipouridy , Das Verbrechen der Masse.

田村, 豊

<https://doi.org/10.15017/14506>

出版情報 : 法政研究. 3 (1), pp.291-310, 1932-12-25. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

Solon Kipouridy, Das Verbrechen der Masse,

Ein Beitrag zur Lehre von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei
Massenverbrechen. 1928. (Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 245.)

田 村 豊

一 は し が き

Le Bon の謂ふ様に蓋し現代は群集の時代である。従つて犯罪現象にも其の影響を受け、刑事學の分野に於ても群集犯罪の研究が一つの要求となつて居る。そして吾々は今これが研究の方法に二つの行き方を見出すことが出来る。一は團體心理學に立脚し、⁽¹⁾ 他は個人心理學に立脚するものである。後者の立場を採るものとして私は茲に Kipouridy の小冊子を紹介したい。

(1) Loewer, Das Wesen der Massenverbrechens, 1927.

Radbruch, Kritik über Loewers „Das Wesen des Massenverbrechens“ in „Juristische Wochenschrift“, 19.

11. 27. Jg. 56, Heft 47.

抑々群集犯罪は群集心理に基く現象であるを謂ふ點に於て、其の性質が他の一般の犯罪に比して、頗る趣を異にするものであり、又これを如何に處分するかは困難な問題でもある。惟ふに、これが根本の問題となる點は、「固有の群集犯罪は刑法上の一般原則並に普通の標準に従つて判斷され得るか、得るを以てその程度迄にか、或はそれとも特別の取扱ひを要するか」(S. I)と謂ふ點に在る。そしてそれを解決するには、群集犯罪自身の概念と其の具體的決定、従つて又群集の一般的並に刑法的概念の究明に迄遡らざるを得ない。然るに従來の論者は此の前提を既決のものとするか或は之が決定を避けんとする傾向に在る。著者は此の問題に論文の前半を費し、其の後半に於て刑事責任の問題を論じて居る。そして本論文の核心が後半に存することは謂ふ迄もない。

二 群集の概念と其の本質

(1) 群集の概念。

著者は、群集の定義を決定するに當つては、先づ第一に群集の個々の概念的特徴を確定しなければならないが、群集の本質と謂ふが如き、科學の領域に於て未だ充分究明されて居ない問題を取扱ふ場合には、概念の説明を先に述べる必要があるとする(S. 2)。然かも普遍的に妥當する定義を發見することの不可能な事を認め、文献に見出される總ての定義は常に當該著者の主觀的な理解に基くもので(S. 3)、群集の概念を把握せんとする人は唯自分の立場からのみ此の概念を定義づけ、殊に彼等が此の定義の下に理解せざるべからずと信じたものを説明するに止らざるを得ないとする(S. 4)。斯くて著者も亦彼の立場から群集の定義を定めるのであるが、其の詳論に先立つて日常の慣用語に於て、人は群集と謂ふ言葉を何う理解するか、文献に於て此の概念が主として如何に理解されて居るかを説いて居る。私は先づ群集の概念に關する文献中の著者の地位から述べやう。

著者は群集の概念に關し文献中に對立して居る種々の意見を總括して三つのグループに區別する(S. 9)。

第一は群集は單に純粹な心理學的形成物に過ぎないとする説。

第二は群集を謂ふ言葉が一般に用ひられろ場合と全く同様に數的要素が其の特徴であるとする説。

第三は群集の概念に取つては數的要素と同様に心理的要素も亦本質的で同價値であるとする説。

著者の立場はこれ等の中第三説に屬する。曰く、「非組織的な時間的、空間的に制約された——然かも何等かの理由から其の構成員相互間に非常に激しい無意識的な心理的影響が交換される——人々の集團を吾々は群集と呼ぶのである」(S. 6)。彼は群集概念の本質的要素を「外部的、客觀的、數的な要素と内部的、主觀的、心理的な要素との二つに分ける、即ち、前者は時間、空間を同じくして集合した多數の人々であり、後者はそれ等の人々が表現した精神的特徴、換言すればそれ等の人々の間に於て高度に現れた無意識的、相互的な心理作用である」(S. 6)。故に、「集つた人々が多數であつても、若し彼等の間に上述の種類並に程度の精神的影响が存在しないならば、單に、多衆 (Menchmenge) が存在するのみで、群集は存在しない」(S. 7)。之に反し、多數の人々の間に、單に、精神的接觸のみが確立され、時間的にも、空間的にも制約された結合が形成されて居ないならば、それは上に決定された意味に於ての群集とは何等關係のない、心理學的基礎の上このみ立てられた他の社會學的形成物に外ならないのである(S. 7)。(3)

(2) 日常生活に於て群集と謂ふ言葉は、其の構成員相互間に何等聯絡のない多數の人々と謂ふ意味に用ひられて居る。即ち所謂局合の衆がそれである。

(3) 此の種のものには大衆、公衆と謂ふ言葉で呼ばれ、其の代表的なものは新聞の讀者、ラヂオの聽講者等である。

斯くて著者は、群集と他の類似概念との區別を明にした。然らば著者の所謂犯罪學上の群集概念とは如何。群集の考察方法が異なるに従つて種々の群集概念が生じて來るが今一つの新たな觀點から群集を考察せんとするならば、其の概念を構成するに當つては既成の種々の概念の束縛から離れて自由でなければならぬ(§ 13)。而して此處では犯罪學上の觀點から考察せんとするのであるから、刑法と關係を有する群集のみが問題とせらるべきで、此の二つの範圍、即ち刑法と群集とが交叉する點が何處にあるかの問題を決定するならば、犯罪學上の群集概念の限界も自ら判明するに到るであらう(§ 14)。

さて、刑法の觀點から群集の存在が意味を持ち得る點は二つあつて、第一は群集の中に於て人々は如何にして犯罪に迄驅り立てられるものであるかの點であり、第二は群集に依つて行はれた犯罪に對し誰が刑法上責任あるものと觀らるべきかの點である。「前者に就いては、群集中の個人の上に働く心的壓迫、強制が具體の場合に彼の責任能力、従つて彼の責任を排除するに充分であるかを主として點檢するを要し、後者に就いては、裁判官は

行はれた犯罪に對し、責任を刑法上の結果をを負すべき者を決定すること（S. 14）。これ等の考察から次の事が判明する。即ちそれは、刑法と關係を有する群集の場合には其の構成員相互間の心理作用が相當強度のものでなければならぬと謂ふ事である（S. 15）。従つて犯罪學上の群集概念はその觀點の特徴からして、狹義に解せらるべきで廣義に解してはならないと謂ふ事になる。

（2）群集の本質

群集の本質として心理的並に數的の二つの要素の存在を指摘した著者は其の中でも群集概念の把握にこつてより重要なものは其の心理的要素であるとし（S. 16）、此の特徴を所謂群集精神（Massenseele）の中に求めた。⁴⁾

（4）此の群集精神の性質に就いて從來唱へられた學說には、群集を擬人化する有機體説（S. 18）と群集を觀念上の實在、思考の所産と見る擬制説（S. 19）とがある。著者に依れば前者即ち有機體説は群集現象を判斷する場合に現はれる種々の困難を都合よく説明することが出来るが、今日では最早時代後れのものとして大多數の論者から否定された（S. 16）とし、後者即ち擬制説に於て用ひられる群集精神といふ言葉を群集に於ての總ての又は少くとも大多數の人々に固有な事實を總括する意味に於て、單に表現上の理由から打立てられた擬制の意味に於てのみ使用するのである。従つて、彼は個人の精神以外に一つの精神、又はそれに似た或物の存在を否定し、個人の精神のみを唯一の實在であるとし、本問の解決を個人心理に求めた（S. 19）。

斯くて著者は群集精神の性質を次の平行論を以て説明する。即ち群集に於ける人間の精神状態は心理學に於ける所謂單一觀念的意識集中（Monoidismus）の状態に似て居り、それを催眠状態の一種であるとする。そして作用の同一の場合には原因も亦同一であること

謂ふ論法から群集の中に於ても亦暗示 (Suggestion) が存在し、それを群集中に起る精神現象の原因と見做すのである。彼は暗示の假説に依つてのみ今日心理學的關係に於ての群集の本質を決定し判断し得るを信じた。實際は此の結果を以て満足しなければならないので、これ以上の事は現代の科學に於ては判明し得ない (S. 23) と謂ふのである。

以上に依り群集の主たる特徴が明にされた。然し乍ら、群集の本質を遺憾なく決定するには、他の一つの要素である著者の所謂數的要素の検討を要する。上に述べた群集精神の拘束は、僅かの程度ではあるが二三の人の間にも亦起り得る。然し著者の立場からは、謂ふ迄もなく、其の構成員相互間の心理作用が相當強度のものでなければならぬと謂ふ事が要求されるので、數的觀點に於ても亦これを充足するに足る丈の數に依つて群集概念を限界附ける事が自ら必要になつて來る (S. 23—S. 24)。此の點に就いて著者は、これが固定化を避け出来る文彈力的に形成すべきものであるとなし、エム・エ・マイヤーの多衆 (Menschmenge) と謂ふ概念に頼るの外はないとして居る (S. 25)。

斯くて著者は本論文の前半を終るに當つて最初の部分の結論を一つの定義に總括し、群集の概念を犯罪學上の意味に於て次の如く決めて居る。即ち、「群集は一つの外部的動機に依つて、其の構成員の間に獨立且つ無意識的に起された強い暗示作用の爲に個人の正常な精神生活が阻害される様な人の集團である」(S. 26)。

三 群 集 犯 罪

次に私は本論文の重要な部分である群集犯罪の一般的考察、責任能力の問題、並に責任の問題の三つに關して順次に著者の見解を窺

(1) 一般的考察

群集に依る犯罪は群集と同じく古くから存在し、此の二つの概念は互に固く結び附いて居る。然し群集を謂へば唯犯罪への傾向あるもののみで、其の存在は社會に取つて危険であるを謂ふ風に考へるならば、それは當を得たものではない。群集は悪及び善への萌芽を内臓する。即ちそれは一面最も野蠻な残忍、最も良心のない暴行、最も恐しい片意地に墮し得ると共に、他面貫い大きな使命への感激的な献身、最も明白な自己否定、最も偉大な英雄的精神に適應する。然し吾々に關係のあるのは、前者即ち刑法上の發露、換言すれば群集犯罪それ自身のみである(§ 32)。而して吾々は此の場合群集犯罪の特徴である「これ迄犯罪傾向の少しも現れて居ない人々に依つても亦行はれる」(§ 32)を謂ふ事に注意を向けなければならない。何となれば群集中に起る此の變化の現象は、刑法一般に取つて一つの重要な意味を持つからである(§ 32)。そこで著者は上述群集の本質の考察の際に、確定した基礎に立つて此の現象の闡明に努める。「吾々は曩に群集の本質を心理學的に觀て、暗示を謂ふ形式に在るものとした。それに基づいて茲に吾々の興味を引く問題をより具體的に構成する事が出来る。即ち群集中の個人に現れた總ての心理的變化が群集の個人に及ぼす暗示的影響に依つて満足に説明せられ得るか、換言すれば暗示は凡

ゆる群集心理現象従つて又群集に依る犯罪現象の唯一の原因であるかが點檢せられることになる」(S. 32—S. 33)。勿論犯罪に着手する群集構成員の中には老練な累犯者も居る事は、疑ひのない事實ではあるが、それに就いては茲で特に論ずる必要はない。問題は偶發犯人(Criminel d'occasion)に就いてある(S. 33)。而して著者の結論は、「此の犯罪性(違法性)(Criminalité en puissance)は多かれ少かれ總ての人間の中に潜在して居り、群集の中に於てそれが顯現せしめられる」(S. 34)と謂ふ處に到達した。兎に角群集中に於ては、「法律、道德、傳統、並に風習が作成した總ての保護的制限が影を没し、個人の心理に内在する犯罪的潛勢力が現勢力を得る」(S. 35)に到るのである。然し、著者は此の場合總ての人に内在的の且つ原始時代から承繼した此の犯罪への素質を群集犯罪發生の唯一の要件と考へて居るのではない。此の外に群集と謂ふ状態が他の要件である事は、既に述べた所に依つて明かである。群集犯罪發生要件を此の二つであるとした著者は、更に此の二つの要件は其の價値に於て相等しいものであるかの問題の考察に入り、此の問題の中に群集の刑法上の全問題が包含されて居ると謂ふのである(S. 35)。「一定の犯罪的結果を直接に作出した者に對する群集の影響が、行爲者の個人的犯罪的な意思に依つて附せられた條件に比して遙かにより有力なものであるならば、謂ふ迄もなく結果の刑法的評價に就いては、此の事實——それは正確な心理的吟味に依つて確定せらるべきものであるが——に相應して行爲者に有利

な判定が下される事になる」(S. 35)。而して其の逆の場合に、行爲者個人の責任が高められる事は勿論である(S. 36)。換言すれば「群集犯罪に在つては個人も群集と同様に責任があるのであるが、個人の責任は群集の責任に反比例する」(S. 53)。然し此の場合著者の所謂群集の責任とは、群集を謂ふ事情から生ずる——個人に歸し得ない——責任の量を意味するを謂ふことを忘れてはならない(S. 53)。そこで群集の個人に及ぼす影響の抽象的評價に關する一つの問題は、歸責能力の問題となり、他は責任の問題となるのである。

(2) 責任能力 (Zurechnungsfähigkeit) の問題

群集犯罪の刑法上の判断は責任能力の問題の解決に依つて左右される。而して責任能力の問題は「群集の中に於て個人が受ける精神的變化の深さ、此の變化が關係ある人の刑法上の責任に影響する程度に就いて吟味しなければならぬ」(S. 37)。

そこで此の場合唯明かに次の三つの可能性のみが問題となる。即ちそれは、個人の責任能力に全く影響なく(untührt)して終るか、或はそれが群集の中に於て排除(ausschliessen)されるか、又は唯影響並に輕減(beeinträchtigt und vermindert)せられるかの問題である」(S. 37)。此の問題に就いて著者は群集中の個人の責任能力は何等影響を受けないを謂ふ考へ方を排し、責任能力の排除又は輕減の二つの可能性を考量に入れる

(S. 37)。而して責任能力排除の可能性に關しては、先づ群集暗示に依つて個々人に惹き起された精神状態が、無意識 (Bewusstlosigkeit) 乃至意識錯亂 (Bewusstseinsstörung) 或は精神活動の病的混亂 (Krankhafte Störung der Geistigkeit) の何れかの概念に包含されることを謂ふ事を確定する必要がある (S. 39)。然し斯くの如き一般的、抽象的な確定が、暗示の場合に行ひ得べきものとは思はれない。著者は此の場合群集暗示を催眠状態の一つの甚だ軽い形式と解する所から催眠状態の吟味に入り、「唯稀な排他的な場合にのみ群集中の個人の責任能力が完全に排除され得らう」(S. 42) と謂ふのである。群集中の個人の責任能力軽減の可能性に關しては總ての暗示の作用は個別的な其の都度の關係者の個性に存する事情に依つて制約される、即ち個人の性格の強さ、抵抗力は群集の暗示作用を制限する (S. 43)。するに責任能力が完全に排除される稀な場合の外は群集關係者は總て責任能力的であること見なければならぬことになるけれども、群集を構成する場合には、此の普通の性格の強固性は缺けて居る事が屢々あるので一般化に注意すべきである。そして此の場合、群集の關係者を嚴格に區別する事が必要になつて来る。如何なる立場から此の區別をなす可きかは、往々群集の構造から判明するのであるが次のことだけは明かである。即ち先づ彼の職業犯人と慣習犯人——彼等は群集の中に常に見出され、群集を彼等の目的到達の手段として利用せんとする輩であるが——を除去されなければならぬ。何となれば彼等は「其の内部に

刑法上重要な意識的先行が明かに起つて居るからである」(245)。著者は次に指導者の問題を取扱つて居る。「群集の指導者をも亦除去しなければならぬかは問題である。……人は文獻の中に於て稍こもすれば、此の指導者の資格を凡ゆる點に於て群集に性質を與へる要因として評價する傾向がある。然し指導者ミ謂ふ概念は非常に動搖して今日に到り、今尙確定されて居ない状態にあるし、又何人も自分自身ではそれを意識せずして指導者であり得る」(245)ミ謂ふ事情を顧慮すれば、「人は指導者の役を非常に高く評價してはならない」(245)事になる。茲に於て著者は抽象的、原則的な解答を出来るだけ避け次の如く謂ふ。「若し指導者が上述群集参加者の中から生じ、然かも彼は無條件に自ら群集に臨んで居るのではなく彼の目的を意識し、凡ゆる可能性を考慮に入れた黒幕(Drahtzieher)ミして働き掛けて居る場合には、此の問題の解答は單純である。然し屢々ある様に、群集の中に於ての指導者が精神病者ミ少くも抵抗方あるものミの中間に位するもの場合には、問題は疑はしくなる」(245)ミ。更⁽⁵⁾に普通受動的分子ミ呼ばれる残りの群集構成員に關しては群集の各場合に就いて觀察しなければならぬ。彼等は「外部からの總ての刺戟、特に刑事上の群集からの刺戟に對して、病的な柔順さを有する弱き個人である」(245)。彼等は自制し得ない——犯罪からも亦離れ得ない——意思薄弱の徒である。然し刑法第五十一條(責任無能力の規定)は彼等の場合に適合しない。ミ謂つて彼等は何等寛大に取扱はれないで、

だらうか。此の問題に對して著者は唯、「凡ゆる群集に於いて否定し得ない其の存在が群集の影響に依る責任能力軽減の可能性を總ての場合に互り眞面目に考ふべき誘因を興へる」(9.46)と答ふるのみである。斯くて著者は責任能力固有の問題は決定的には解決されないものであつて、「唯裁判官のみが總ての事情を顧慮して、具體的に重要な決定を行ふ事が出来るだらう」(9.46)と謂つて居る。

(5) 指導者も群集の一員である以上、群集精神の影響を受け群集に依つて引摺られることが多いが斯かる場合、問題の解答は疑はしくなるのである。

(3) 責任 (Verantwortlichkeit) の問題

最後に残された最も興味ある問題は、群集に依る犯罪の責任の問題である。Traus が法人の犯罪能力に關する議論を擴張修正し、以つて群集の責任の問題を解決せんとする試みに對し、著者はそれは群集の本質的特徴を全く誤解して居るものであるとする。(9.47—9.48)

更に著者は群集の刑事責任に關する沿革の問題と故意の問題を提出する。先づ沿革の問題に就いて次の様に謂ふ。「今吾々から遙かに過ぎ去つた時代に於ては共同責任 (kollektive Haftung) が概して責任の唯一の形式であつた。如何なる場合に於ても責任は共同で、一定の個々人の行爲を判断すべき場合に於てすら、行爲者のみが共

の行爲の責を負ふばかりでなく、彼と共に其の家族、親戚、血族團體も亦其の責を負つた」(S. 50)。所が其の反動として自由主義、個人主義の時代が出現するに共に總ての領域に根本的な變革が起つた。刑法の領域に於ての此の新しい精神的傾向の具體的表現は、一七八九年の佛蘭西人權宣言第九章に於て確立せられた「責任なければ刑罰なし」(nulla poena sine culpa)の原則である(S. 51)。著者は茲に總ての考察の中心に個人が入り來らなければならぬと謂ふ原則が確立されたとする。然るに今日では、此の絶對的個人主義に對して再び團體主義の支配を認めることが出来る。然し著者は、これが爲に從來の刑事責任の原則が放棄され得るものではないとする(S. 52)。若し人間の行爲に依つて誘致された總ての結果を判斷する場合に、決定的に作用した種々の條件を確定し評價しやうとするならば、其の結果に對する責任も、該結果の誘致に對する行爲者自身の協力の分け前に從つてのみ、彼に歸せられ得ると謂ふ事は自ら明になつて來る。然し其の事は刑法に於ける責任(Vermantwortlichkeit)は故意過失(Schuld)に從つて測定されることを謂ふ事を意味するに外ならないのである。nulla poena sine culpaの原則は常に刑法の礎石を思はれる。—— culpa を Schuld 或は Gefährlichkeit の何れに解するかや(S. 50—51)。此の事を基として著者は Kasowic の言を引用して曰く、「群集構成員の個々人の處罰は群集の個々の構成員を犯罪に迄導いた總ての要素を考慮に入れた時に於てのみ正當と思はれる」(S. 53)。斯くて著者は茲

でも亦彼の考察の基礎を團體主義的傾向に置かずして個人主義的觀點に置くことを確保した。次に故意の形態に於ての責任(Schuld)が問題になるのは「Tarde, Le Bon が力説した所の、群集の構成員は己を法律秩序の保護者と思惟し、それ故に自分等の行爲は合法と思はれるばかりでなく又使命であると思ふ」を謂ふ事情である。此の事情は刑法上如何に評價せらる可きか(S. 55)。彼は Nagler の言を借りて謂ふ。「群集的幻想(Massenwahn)の結果として個人に違法の意識を容易に缺き得るなら故意も亦消失するであらう」(S. 55)。斯くて最も争のある、而して最も根本的な刑法の問題の一つである故意は違法の認識を含むや否やの問題に觸れ、更に此の關係に於て群集に於ての特別な刑事心理學的犯人型の故に、特に今日興味を中心となつて居る確信犯人(Uberzeugungsvertrecher)の問題に論及する。

(e) 著者 Frank の同様な見解に立。(Frank, Kommentar zu § 59. 15. Aufl. Ann III 2) (S. 6)

曰く、「確信犯人の概念を區別する特徴は刑法に於ては今日に至る迄惜しくも未だ意見の一致を見るに至らない。要は此の場合、決定を主観、客観何れの觀點から爲すべきかの問題である。それは一面主觀的に裁判官の裁量に委され得る。裁判官は行爲者の行爲が『恥づべき心情』(ehrlose Gesinnung)——それに就いては刑法第二十條參照——に依るものであるか、或は尊敬に價する動機に依るものであるかを、それらの場合に應じて決定

しなければならぬであらう。然し乍らそれは又他面出来るだけ客観的な方法に於て、立法者自身が確固たる區別特徴を設定する事に依つても効果を収め得る」(S. 58)。所で「確信犯人は改善を必要とする者でもなければ、應報に價する者でもなくて、唯——反駁し得べき又は反駁し得ない——見解の異なる人である。即ち彼は、全く自己主張の爲に其の當時の道德的、宗教的、政治的權力に對して戦ふ一つの反抗兒である」(S. 57)。此の考察から確信犯人の處遇に關しては、著者は「確信犯人には特別な取扱ひばかりでなく、他の種類の刑が必要である」と謂ふ結論が出て来る」(S. 56)と謂つて居る。著者は更に進んで一般的に違法性の問題、即ち群集に依つて行はれた行爲の違法性が、群集と謂ふ事情に依つて阻却されるかの問題を考察する。「總ての團體 (Kollektivium) は彼自身の道德と合法性 (Gesetzlichkeit) を持つて居るが故に——Tarde は斯く主張するのであるが——群集の中に於ての行爲は群集に参加して居ると謂ふ事に依つて是認される。それ故に共同責任の思想はそれ自體矛盾であるかも知れない」(S. 57)。此の問題の發議者である Tarde はこれ以上追求しなかつたが著者は此の中に眞理を求めんとする。即ち法律はそれ自體概念的に權力と結び付き、従つて法律が事實上貫徹せられる事が法律の效力の前提條件である。而して其の基礎は總體の意思自體であるかの如く思はれる。然るに「群集——吾々は茲では其の概念を全く狭く制限したのであるが——の場合には明白に總體と謂ふ事が認められない」(S. 57—S. 58)。從

つて著者の見解に従へば、法律の基礎である總體の意思の缺けて居る群集には、違法性を阻却する理由が認められないと謂ふ事になる。

更に進んで群集犯罪責任の問題に就いて實踐的方面に於ての困難な問題は、犯人である事の證明を個々に決定する事が不可能な點である。然し犯人である事の證明が不可能な故を以て、これが處罰を免れしめる事は社會に於ての一般的要求を満足させぬばかりでなく、國家權威を毀損し引いては將來に於ての斯かる犯罪増加の危険を高める結果となる (§. 58)。

茲に於て此の個人の責任を確定するに就いての實際上の困難を解決する爲に從來採られた殘忍な方法を歴史に一瞥した著者は、唯一の好ましい方法として立法者に次の熟考を迫るのである (§. 58—f. 59)。即ち犯罪ある群集の關係者自身を、科刑に相當する者として考察する爲には、「實害犯 (Verletzungsdelt) 並に危険犯 (Gefährdungsdelt) としての群集犯罪の二重の性質の正しき認識」を要する。而してこれに關して V. Hippel が「それは余の考に依れば放火又は溢水の如きものである。火又は水の自然力が其處に解放されると同様に、人間の激情の自然力は此處に個人の支配を嘲るが如く解放される。それ故斯かる公共危険の状態を誘致した所の總ての關係者の處罰は是認される」と謂へるは正當であるとし (§. 59)。國家は社會の保護に資する處分を爲す事は權利

であると共に、それが必要である限り義務であるを謂つて居る。更に詳述して曰く、「實害犯としての群集を考察する場合に、吾々の注意を行爲自身に集中し、其の行爲に判決を宣告する。然し吾々が其の犯罪を他の側から危害犯として眺めるならば、個々の群集参加者自身が吾々の判断の中心に這入つて來て吾々の判決はそれに向けられる。而して此の場合、行爲が矢張り危険性の量を示し、行爲が決定的なもの、即ち徴表である。此の事から行爲の實行、即ち實害犯を實行する事が第二の觀點の下に於ても亦處罰の前提であるとの結論が出て來る。通説も亦許容して居る様に、これが可罰性の客觀的條件である。然しこれ丈では勿論充分ではない。群集参加者の可罰性を理由附ける爲に、尙考察されねばならない一つの要件は、合一された力をもつて實害犯を實行する事である。惟ふに單純な無節制に依つては、なく、此の合一した力で實行するを謂ふ事に依つてのみ、群集の眞の意識は現はれるからである。そして尙原則として可罰的である爲には、参加者は正しく犯罪の實行行爲の時迄に、群集の中に居らねばならないを謂ふ事は自明的である」(p. 66)云。斯くして著者は群集に依る犯罪の可罰性の一般の根拠を其の所謂二重性説を以て説明した。

然し乍ら著者の所謂二重性説は勿論一般的承認を得て居るわけではない。或者は被指導者の處罰を共犯の觀點から——其参加の態様が肉體的(實際に行動しに者に取つては)であるを、或は單に精神的(受動的に振舞つた者に取つては)であるを問はず——理由附

けんごする。そして此の場合受動的に振舞つた者に取つても、結果の妨止を怠れるに依る同一のもの、惹起であるから不作爲に依る作爲の可能性が考慮せられると謂ふのである。然し著者はこれを以て危険の實際上の意義を誤解して居るものであると云ふ(§. 62)。

これに反して、危険要素を過度に評價する者は群集の成立自身を特別犯(Delictum sui generis)として處罰せんとする。Naglerは「違法な目的に對して單に集合すると謂ふ事丈で、よしそれが何等の爆發、何等の權利侵害に迄至らなくとも既に獨立の處罰に價するだらう。此の事は今日既に英米系法域に於て合法とされて居る様に」と謂つて居る。斯かる新たな群集定型(Massentatbestand)の創造に對してはLoewerも亦辯護して曰く、「刑に相當する特別故意が外部から認め得べき程度に現はれる事丈で既に未遂として評價される」と。これに對する著者の批評は次の如くである。即ち、斯かる考へ方は群集の缺點を重要視する一面的觀察の結果で、其の處罰の目的は社會の保護ばかりでなく群集の絶滅にあるだらう。而して此の時代錯誤の要求は群集に對する公共の不安から生ずるのであるが、實際群集は犯罪の發生地であり、群集の發生は社會に對する一定の危険を意味するか。此の根本問題に對する著者の態度は既に詳説した様に、群集に悪及び善への二方面の萌芽を認める所から「群集の個々の性質の適當の評價や一面的顧慮に基く要求を斷乎として拒絶しなければならないだらう」(§. 63)と謂ふにある。

尙著者は指導者の刑量加重に關して次の如く謂ふ。總ての立法ではないが大部分の立法に於て指導者の取扱ひに嚴罰を以て臨む所以は「一面個人の客觀的危險性は動機に依つて一般の水準を超えて高まり得ると謂ふ事情、他面指導者は群集の中で決定を與へつゝ、群集犯罪の場合には常に刑法の意義に於ての共犯の一人であると謂ふ事情が顧慮される」からである。此の事に就いてNaglerは「計畫的に惹き起された群集力の爆發に對する全責任は意識的な指導者に負はされる。彼の命令の範圍に起つた群集力の爆發の個々の點が内部的に彼の意思に反して居やうとも豫測し難き力を利用した者が其の實際の成果を引受けねばならない」と謂つて居るが、著者は此の

事から指導者に對する刑量増加の結論を一般原則として固守するならば實際多くの場合に冒險的と思はれるとして居る(53)。(責任能力の部参照)

さて群集に依る犯罪の刑事責任の問題を終るに當つて最後に附言せねばならない事は著者の曩に謂つた責任能力が全く排除される場合に、これを如何に處分すべきかの問題である。これに關して一種の道義論とも謂ふべき立場から主張される所ものは、犯罪ある群集の場合に、外部的事情が決定的であつたと謂ふ事が明にされるならば、行爲者は其の犯罪行爲に對する刑責から免除されるべきだと謂ふ事であるが、著者は群集の危險性に對する刑事政策的立場からこれが處罰を是認せんとするのである(53)。

四　　む　　す　　び

以上に依つて私は著者の見解の大體を紹介し終つた。惟ふに群集犯罪に關する問題は一つの大きな難問であつて、これが解決は將來の研究に俟つの外はないのであらうが、著者の本論文に於て注目すべき點は、群集に關する既成の概念に拘束されることなく犯罪學上の概念を新に樹立した點、及び群集に依る犯罪の可罰性の一般的根據の説明を所謂二重性説を以てした點にある。而して尙、群集犯罪を以て他の犯罪と本質的に異なるものではなくて、寧ろ多くの個々人の行爲の結果に過ぎないとする個人主義的立場から、行爲並に行爲者の刑法上の判斷の際に刑法一般原則の助けを借り、一般犯罪に對する處置と統一的に考へんとした點に著者の努力の跡を發見する事が出来るのである。