

# 不破武夫博士の人格責任論

中島 広樹

- 1 はじめに
- 2 刑事責任の基調
- 3 故意論との関係
- 4 過失論との関係
- 5 おわりに

## 1 はじめに

団藤重光博士は、「不破先生の人格責任論は、先生の遺著『刑事責任論』（昭和二三年・弘文堂）によって、ほぼ全貌を知ることができますが、じっくりと考え抜かれた非常に滋味の深いもので、先生の人柄がにじみ出ています。僕の人格責任論とは構成がちがいますが、根本的な人間観の点で共鳴を感じるところが非常に大きいです。」と語っておられる<sup>1)</sup>。

私は、平成法政研究二六卷二号では、安平政吉博士の人格責任論を、平成法政研究二七卷一号では、島田武夫博士

の人格責任論について検討したが、本号では不破武夫博士の人格責任論を考察することとしたい。

大谷実『人格責任論の研究』では、不破博士の業績として評価しうるものがあるとすれば、故意・過失における共通の要素を探求することによって、人格責任の本質を明確に打ち出した点にある、とされているが、同時に行為を裏打ちした人格に対して応報刑が科せられるのであるから、結局、行為者応報刑を承認したことになるが、それを正当化するものは何かが問題とならざるを得ないであろう、とされている。<sup>②</sup>

## 2 刑事責任の基調

そこで、以下においては、不破博士の責任観、故意論、過失論について順次考察することとする。まず、不破博士の責任概念についての定義は「刑事責任を以て、其の行為につき行為者に対して加へられる道義的非難」であり、わが国において甚だ有力な学説で、いわゆる社会的責任論と全く相容れぬ立場である、と説明している。<sup>③</sup>

そして、牧野博士の主張するように「刑罰は、犯罪争闘と社会防衛の手段たりうるも、更にこれを超える存在であつて、保安処分とは全くその性質を異にする。国家が刑罰法規を制定する最も重要な目的は、之によって、犯罪として定る行為の決定的な禁止を意味し、犯罪行為のあつた場合に刑罰を科する所以は、その行為につき行為者に対し、最も厳粛なる非難を加うるものに外ならない。而して、その科せられる刑罰が重ければ重い程、その行為の禁止が嚴重であり、違反行為に対する国家の非難が重大であることを、国民に理解せしむる作用をもつ。もとより、一般人が犯罪をあえてしないのは、刑罰法規に反するためであるよりは、道徳・慣習・宗教その他の規範を遵守するがためであるといえるであろう。然し、国家が刑罰規定を定めて、これら諸規範をとつて、以て自己の内容とし、実力により

之を貫徹する態度を示すことによつて、その規範内容を強制的に遵守せしむる効果の顯著なることは、到底之を否定することを得ない。斯くの如き、刑罰法規制定の作用と、その正当なる適用と、妥當なる執行とは、互いに相倚り相俟つて、よく国家的道義の根幹を確立し、且其の維持形成資することを爲るのであつて、まさに此の点に於いて、最も本質的な刑罰制度の本質的理由があるものと信ずる。：人間の行為が、斯くの如く必然的なものに規定せられるに拘わらず、而も我々が行為につき行為者を非難しうる所以は、實に行為者が倫理的実践の主体であり、生きた自由なる人格たるが故に外ならない。」と、刑罰の本質における道義的性格を高調するが、ここにおいてすでに不破博士にとつての「人格」の実証的、規範的性格が導き出される源泉が用意されているといつてよいであらう。

さらに、不破博士は、ここで触れた議論の内容を再説して以下の通り主張する。

「犯罪が行われた場合、吾々がその行為につき行為者を咎めることを得る所以は、彼がまさに其の行為を爲したが故に外ならない。即ち、『其の行為はその人にとつて、偶然ではない。』『其の行為は其の人格の必然的なほとばしりである。』と考えられるのである。即ち、吾々の行為は、唯行為としてはだかのままにほうり出されたものではない。その行為者の人格と深く結びつき、其の人格の顕現たる点に於いて、はじめて刑法的評価の対象となる意味をもつことになる。如何に重大なる法益侵害が行われた場合でも、それが行為者人格との連関を全く考え得ない場合には、非難すべき何物もなく、行為者には咎められるべき責任はない。責任無能力者の行為が、如何に重大な過失を生じても、処罰せらるることなき所以は、根本的には、斯くの如き点より之を理解せらるべきである」と述べており、人格は犯罪行為において、他行為可能性の倫理的主体である、という意味において規範的性格を有し、そのような人格の存在は責任能力という生物学的・心理学的性格の要素によつて、認定しうる点で実証的性格を有する点とらえられていることがわかる。

以上の基礎的責任論から、次のような三個の内容をもつ性格論的責任観が導かれるが、この考え方は、メツガー (Edmund Mezger, 1883-1962) の性格論的責任観の体系と同工異曲とされる。<sup>7)</sup>

そこで、三個の内容をもつ性格論的責任観であるが、第一に「刑事責任は、犯された行為につき、行為者を道義的に非難することを以て、其の内容とする」刑法上の行為が、まず、いわゆる行為責任のことである、と指摘し、刑罰の質と量とを決定する第一の基準は、あくまでも犯された行為の大小であつて行為動機や随伴的事情に各段の差異なき限り、侵害した法益の大小とその程度によつて責任の大小が決定されなければならない。<sup>8)</sup>

しかしながら、不破博士は、さらに刑法が直接の評価判断の対象とする犯罪行為は、行為者人格により密接に裏打ちされたものでなくてはならず、その行為は、第二に行為者人格に相当したものでなくてはならない、と説く(行為者人格相当性)。この場合、「人格と行為との連関」は、責任能力の問題としてとらえられていることに注意しなくてはならない。すなわち、行為が行為者にとつて全然偶然なものであり、その行為を行為者人格と結び付けて考えることのできないときは、其の行為に対し、何らの非難をも加えることができないことになるが、それは、行為者において、是非の弁別をすること能わざる状態(弁識能力欠如)、若しくは其の弁別するところに従い行為すること能わざる状態(制御能力欠如)においてなされた法益侵害が罪とならぬ所以、故意も過失もなくして重大な結果を発生せしめて刑事上の責任なき所以は、通常、行為者人格とその行為との間に何の関連をも考えることができないからである。<sup>9)</sup>つまり、行為者の人格と行為の関連性が考えにくいほど、責任性は後退し、逆の場合は反対の結果を生むとされたわけである。<sup>10)</sup>

第三に、ある種の知能低格者・早熟なる刑事未成人者・ある種の精神病者等については、しばしば、その行為者と行為との結びつきは容易に理解しうる。しかし、斯くの如き行為者に対して刑事責任を認めることは、何としても妥

当でないと考えられる。これは、行為者人格が、その行為について道義的責任を認め、非難を加えるに値しない、と考えられる場合に外ならないのであり、このように考えれば、責任無能力者は、すべて刑事責任を加えるに値しないものとして登場するわけであるが、いずれにせよ、行為者人格は、社会的に一人前の人格として通用し、刑法上の責任を問われるに値するものでなければならぬ、と不破博士は論じる(行為者人格の社会的相当性)<sup>11)</sup>。

ところで、上記の行為の人格相当性判断と、人格の社会的相当性判断は、たとえば、累犯的性犯罪者につき、前者では刑を加重し、後者では刑を軽減するといったような混乱した量刑を導く可能性がある、前者が責任の量、後者が責任の質を決定するというように次元を異にして考えることによって、両判断の問題の解決が得られる、とメツガーは述べている、とされる。<sup>12)</sup>

ところで、不破博士は、犯罪事実の認識を内容とする故意またはその可能性を要素とする過失のいずれかが存すれば直ちに責任を問うという心理的責任論では、事実認識の存在する故意と認識すべきだった事実を義務に違反して認識しなかったという義務違反という規範的要素しかない過失とでは両者を統合する概念がなく、そこで、違法性の意識の可能性↓期待可能性↓非難可能性というコースをたどる故意と予見可能性↓期待可能性↓非難可能性という論理のコースが展開する過失という形で、責任の実体として適法行為の期待可能性を中核的概念とする規範的な非難可能性に求める規範的責任論が有力化したとの認識は一方にあるものの、期待可能性の思想は、実定法の範囲内においてのみ責任阻却又は責任軽減事由となるものの、一般にその不存在をもって故意犯の成立を阻却するような万能性はないから、故意と過失の共通要素を期待可能性の思想以外のものに求めなくてはならないとするわけである。<sup>13)</sup>

それでは、故意・過失に共通する責任要素は、如何なる点に求めるべきか？

不破博士は、之を端的に行為者人格の中に、把握しうるものと信ずる、と結論付ける。<sup>14)</sup> すなわち、それは、「利己

心に満ち、他人や社会生活の平穩に気をかけることなく、法秩序を尊重しない意識・無意識の心構え」そのものうちに存すると考える、と論じる<sup>16</sup>。すなわち、人の人格というものは、善意の塊ではなく、むしろその逆であり、良くも悪くも、成長し発展するものであり、それはあたかも、古代中国の思想家、荀子(B. C. 二九八)(B. C. 三二三年?)—B. C. 一三三八)の性悪説を彷彿させる<sup>17</sup>。

そこで、詳細は後述するとして、ここでは、結論だけをとりあげよう。不破博士は故意と過失とを統一するのは、行為者人格である、という考え方を述べられたが、まず、故意については、行為者人格とのつながりを「典型的なる故意は、具体的事実を認識し、且つ其の違法性を意識しつつ構成要件に該当する事実を実現する意思として規定せられる」としたうえで「この種の意味作用は、自から選択した原理に従う高度の知的作用と感情作用とに基づくものなるが故に、其れは最もよく行為者の個性を發揮したものといわねばならぬ」とされ「其の行為者の心情は甚だしく法秩序を蔑視したものであつて、強き道義非難に値することは、論なきところであろう」と主張された<sup>18</sup>。

ついで、過失は、注意義務の懈怠により構成要件に該当する結果を発生せしめた場合に存するのであり、それは、常に不注意をもつて骨子とする、とされ、畢竟、根本において、「行為者は、他人の生命の其の他を尊重すべき所以を十分に銘刻して居なかつた。若し彼が義務尊重に関し平素より十分な反省があつたならば斯くの如き結果を発生せしむることはなかつたであろう。」と解せられる点に存する、としさらに「凡そ吾々の日常生活に於いて、吾々の行動は、其の意味と目的とを意識した意思作用に於いてのみならず、習慣・衝動・無反省等に起因する十分に意識せざる行為乃至無意識なる行動に関しても、自他共に責任を追及してあやしまない。其のあやしまざる所以は、習慣・衝動等に基づく行動も亦其の行為者の人格の発現たることを承認して疑はないからである」としめくり、過失と行為者人格のつながりを認める<sup>19</sup>。

最終的に、不破博士は、Exner: Das Wesen der Fährlässigkeit (1910) や高橋穰「倫理學」(岩波講座倫理學、第一四冊、三九頁以下)等の影響のもとで、「吾々の日常生活における一切の行動は、それが正常なる意思に基づく限り、何程かの程度に於いて人格との必然的な結び付きをもつと共に、吾々の人格は、能動的・受動的あらゆる意味に於ける其の個々の行動によつて規整せられ、影響せられ、涵養せられて、良い意味に於いても悪い意味に於いても成長し發展するものなのである。即ち、日常生活に於いて、殆ど意識することなく繰り返される数多き習慣的な行動は、過去の経験の沈殿・蓄積たると同時に、新しい経験を發展せしめる基礎となり、従来の行動の根幹となる作用をいとなむ。又、選択せられた、目的を意識した行為は、其れが何程かの意味に於いて行為者人格の必然の顕現たると同時に、その結果たり影響たるところのものは、基礎組織に取り入れられて其の人格を形成し、環境条件に応じて、随時、意識・無意識の行動としてあらわれることとなるのである」という人格観に至つていたが、後年現れた団藤博士の人格形成責任を予感させる「人格形成」なる言葉が、ここに現れているのが注目される<sup>20)</sup>。

ここまでのところで、大谷博士によると、「不破博士は、およそ道義的責任というとき行為が行為者人格に裏付けられている限りで容認される、とする観点から人格責任論を標榜される。そこで、責任形式たる故意・過失の統一的構成を求めたのである。その限りでは正当であつたが、不破博士によると、行為を裏打ちした人格に対して応報刑が科せられるのであるから、結局行為者応報刑を承認したことになる。それならば、それを正当化するものはなにかが問題とならざるを得ない。不破博士にとつて、それほど重要なものではないかもしれない。なぜなら、ここでは、むしろ過失責任の本質を究明することにあつたとみられるからである。いづれにしても、人格責任論の一つとして評価される不破説が、実質的に性格論的責任観と一致する点は、記憶しておく必要がある<sup>21)</sup>」とまとめられる。では、性格論的責任観とは何か? 大谷博士は、不破博士の道義的責任観に強い影響を与えたことは疑いないと解すべきメツ

ガーの相当性説(性格論的責任観)を以下のように考察している。すなわち、メツガーの性格論的責任観(相当性説)について、次のように説明した。すなわち「メツガーによると、責任判断の内容は、行為者の意思活動(いわゆる心理的な責任要素としての故意・過失)動機要素(期待可能性)および性格論的要素(行為の人格相当性および人格の社会的相当性)によって構成される。メツガーは、行為者人格の法上非難される表現としての犯罪が実現されるところに、責任の本質をみた。その意味で、行為と人格の結合は、責任判断の事実的前提である。刑法が、故意・過失を責任の形式として要請しているのは、このような心理的事実関係がなければ、行為が人格の表現とはみられないからであり、他方責任阻却事由を設けているのも『人格と関係のない要素が行為の原因となっている場合、すなわち人格の発現ではなく外部の事情の圧力が行為を惹起させた場合に、責任が存在しえないことを明らかにしているのである』。こうして、『行為は、その惹起者の人格に『相当する』ものでなければならず、その際、行為者の人格自体、行為を帰属しうる性質のものであることを要する。

すなわち、人格もまた、社会的要求に『相当する』ものでなければならぬ。かくして責任の本質は行為の人格相当性(Die Persönlichkeitsadäquanz der Tat)と人格の社会的相当性(die soziale Adäquanz der Persönlichkeit des Täters)をその内容としている』とする性格論的責任観が提示されることになる。<sup>22)</sup>わけである。

### 3 故意論との関係

故意の性格に関しては、周知の通り認識主義と意思主義との対立が存するが、不破博士は「故意ありとなすためには、結果発生意欲だけでは「未必の故意」と「認識ある過失」との区別がつかなくなり、後者も故意の範疇に綴りこ



まなくてはならなくなるとされ、さらに、本来故意が特に重大なる責任条件と解される所以が、一般的にみて如上の如く、より鮮明なる行為者人格の表現にあつてそのためにより強き道義的非難を加えられる点にある以上、故意の根幹をなすものは、その意思作用たる点にこれを求めなければならぬと信ずる」とされる<sup>(25)</sup>。

違法性の意識の要否については、学説上、周知の通り、如何なる場合にも、違法性の認識は故意の要件となる、とする違法認識要件説(小野、滝川)、違法性認識過失説(植松、日沖、草野、団藤)、自然犯と法定犯とを区別し、後者についてのみ違法性の認識を必要とする説(木村)、さらに違法性意識不要説で故意の認識的要件としては、事実性の認識を以て足りるとなし違法性の要件は、故意の要件にあらず、と解する説(判例)の四つに分類され、不破博士ご自身は、いわゆる激情犯を過失犯と解するのか、という問題を提起され、激情の爆発する咄嗟にその行為の違法性に関する認識はありえないといわねばならぬから、違法認識要件説によれば、此の種の場合は、過失犯をもつて論ずるより外はないのであるが、斯くの如く行為者が犯罪構成事実を認識しながら興奮の余前後を弁えずして行動する場合故意に非ずして過失犯なりと解することが、果たして健全なる社会観念に合致するものであるかどうか、甚だ疑いなきを得ない、とする<sup>(26)</sup>。

そして、また、極めて不注意な外国人があつて、わが国の国情を全く理解せず神社に対し公然不敬な行為を為した場合(刑法一八八条)、全くこれを処罰しえないことになるが、而してこの種の情状重き事態はなお何程か想像しうるに拘わらずいっさい之を処罰すべからざるものと解することが、果たして国民の信念に合致し、一国の司法政策として妥当なものであるかどうか、私は少なからず疑わしいと考える、として違法認識要件説を批判する<sup>(27)</sup>。

不破博士は、続けていう。刑法に於いて直接可罰的評価の核心となるものは、あくまでも犯罪行為そのものであるが、それは、ひとりはそのままでの存するのではなく、常に行為者人格によつて裏打ちされた行為、行為者のなには

どかの表現としての行為たることを要する。斯くの如く行為者人格と密接な連関を持つ行為を考えることによって、刑事責任を確定する現行法的契機たる責任能力及び故意・過失の各要素を統一的に把握し得べく、且つかように考えるのが、事柄のもつとも正しい理解の仕方であると信ずるのであるが、然らば差当り如何にして行為者人格を契機として故意と過失を統一的に把握し得るか、と自問する<sup>26</sup>。ここにおいて、不破博士が本論稿における人格責任論において何を目指しているかが明瞭となる。すなわち、行為者人格による故意・過失の統一的把握である。人格責任論による常習犯の刑罰加重の根拠探求には、はじめから言及されていないことが、判明する。

そして不破博士は、前記の自問の答えとして、「私は、故意・過失に共通する責任非難の核心を、社会生活の平穩を氣にかけることなく法秩序を尊重しない行為者の意識構造そのものうちに、見出しうると考える。ここに意識構造と称するのは人が行為をなす場合その行為の様相を規定するが如き一切の内的条件の組織を謂う。」と前提したうえで、犯罪構成要件事実の認識と違法の意識とを兼ね備え、而も結果の発生を認容して行為するという典型的故意犯において、通常、行為者の心情が利己心に満ち道義秩序を蔑視するもので、大なる非難に値するものなることは論なきところであろう。他面、行為者の不注意により人命の尊重其の他重大なる法益侵害を惹起せしめた場合、過失犯として非難される所以は「行為当時における行為者の意識は十分に法益を尊重するに至らない意識構造においてあった。もしそうでなかったならば斯くの如き不始末はおこさなかつたであろう」と考えられる点に存する。如何に重大なる結果の発生した場合においても、行為者の意識構造において非難せらるべき斯くのごときもの存在せざる限り、咎むべき過失は存しないものと解しなければならぬ。法律に関する過失も右に述べるところに準じて考えて少しも差し支えない。

不破博士の過失の本質に関する省察は第一に現行法制や判例過失犯の再検討を促すことなのであるが、第二に違法

性に関する過失も時に甚だ重大なる道義的非難に値するものあることの認識に導き、従つて犯罪構成事実を認識しながら過失によつて違法の認識を欠く場合が違法性を認識しつつ行為する場合に準じて考へて少しも不当でないということになるのである。このように解すれば、違法性に関して過失ある場合を典型的故意犯に準じて取り扱つて差し支えないのであり、その根拠は、刑法三八条の解釈のみによるのではなく、違法性に関する過失は事実性に関する過失より一般に軽いと考へるからではない。

つまり、不破博士の考へるところによると、故意犯の核心は、犯罪構成事実を認識しつつ、あえて行為する点にあるがゆゑに、違法の認識に過失ある場合も、本来過失犯たるものを故意犯として取り扱うのではなく、それは故意犯そのものなのであり、事実の認識と違法の認識を兼ね備へた典型的故意犯でないというに過ぎない。斯く解することにより、事柄を健全なる社会観念に合致する解決に導きうると同時に違法認識要件説の当面する(激情犯の可罰性、違法性の認識のない外国人の行為の可罰性)問題を適当に処理しうると説く。<sup>(註)</sup>

未必の故意に關しても、不破博士は人格責任論の立場から自説を根拠づける。

すなわち、いわゆる「認容説」の立場から結論を出す<sup>(註)</sup>が、認容説をとる理由を人格責任論から導き出すのである。

まず、不破博士は、未必の故意の理論が、間接故意の理論に由来したのち、比較的詳細にローマ法以来の故意擴張史を顧みる。ローマ法において、結果を発生せしむる意図(Absicht)と理解されていた故意は三方向に分岐し、まず第一に *Doctina Bartoli* により、一定の意図に基づく行為の結果は、其れが必然性又は必然性あるものと認められる限り、意図せられざりし場合若しくは意図せられたことが証明せられざる場合にも、悉く本人に帰せしむるとされ、故意概念の擴張に至つた。ついで、第二は概括的故意である。これは、一三世紀に確立した寺院法における *Vesuntini re illius* の流れをくむもので、ひろく不法行為を企行する者は自己の行為より生じたる一切の結果に対して責任をお

わねばならぬ、となすものである。第三に間接故意の理論で、トマス・アキナスの思想に依拠しつつ、スペインのコヴァルヴィアスによって大成せられたもので、原因に関する意思の中には、通常生ずべき結果に関する意思が内在すると論じた(間接故意)<sup>(29)</sup>。

さらに、この故意拡張史に関する学説の流れが考察される。まず、カルプトオフが、*Doctrina Baroni* を承認する。そしてさらに、概括的故意も承認した。ついで、カルプトオフのとりあげた事例は、結果発生の「認容」があった場合であるとの擬制から故意拡張の流れを制約するライザーの議論が現れ、ポールトはライザーの議論を「推定された結果発生の可能性に関する認識と侵害意思が、存する場合には、結果に関する行為者の認容があるものとして責任の基礎となる」と要約した、と不破博士は叙述される<sup>(30)</sup>。

ベーマーは間接故意を、「意図せられざりし結果を未必的に認容する場合」として従来とは異なる定義を与え、結局、間接故意と未必の故意を同一視した。その後、ネットルブラットがベーマー同様、間接故意を嚴格に解して、故意概念を不当に拡大した、と不破博士は考察される<sup>(31)</sup>。

その後、不破博士は、無辜の不処罰のスローガンのもと、一八世紀終わりの四半世紀に間接故意の理論が否定された啓蒙思想の洗礼下において、ゾーデン、クラインシュロート、フォイエルバッハラにより、伝統的な間接故意概念が決定的に否定され、未必の故意の観念が生み出された学説変遷の経緯を考察され、一九世紀にベルナーが「純粹なる未必の故意は、行為者が適法な結果を意図しながら未必的に生じることあるべき違法な結果をあらかじめ認容する場合においてのみ存在する」と考えて、今日的未必の故意概念が形成された学説史の結論を叙述し、ドイツ判例の意思説を支持する態度によって未必の故意概念は支えられている旨が指摘されて次款の考察に進む<sup>(32)</sup>。

次に不破博士は、わが国の故意論(認識主義と意思主義の対立)<sup>(33)</sup>の概要を叙述され、わが国においては認識主義の故

意論が圧倒的多数を占め、判例もこれに追随する傾向があつたが、大場博士が敢然として意思主義の立場にたち、認識ある過失と未必の故意を区別する契機を意思に求めたのを皮切りに昭和期には意思主義が勃興し、小野博士、滝川博士、佐伯博士が、「結果の認容」<sup>(34)</sup> という概念を用いて以来、認容説を支持する学説が増えたことを指摘されている。

結論として、不破博士は、未必の故意は可能的に予見せられた犯罪構成事発生を認容してあえて行為する場合に存する。ここに認容と称するのは、違法なる結果の発生を肯定し是認することである。本来ならば、違法なる結果の発生に関する表象は、行為者の規範意識に作用して、其の実現の可能性ある行為を控制すべきはずであつた。それにも拘らず、何ら躊躇なく行動して法秩序を蹂躪しながら意に介するところがない。而して、斯くの如き行為が、其の行為者の全人格的契機と密接な有機的連関の存するところに、故意として重き責任条件を認め、重き道義的非難を加うべき所以が存するのである、と人格責任論に基礎づけられた未必の故意に関する認容説を肯定するわけである。<sup>(35)</sup>

すなわち、不破博士は、結果の発生を認容する場合に未必の故意が認められるという所以は、既にくりかえし叙述するところにより明白な如く、それが、法秩序に敵対する行為者人格の、として評価せられる点に、重要な意味がある。従つて、結果発生に関する認容の有無ということが、行為者の態度の道義的価値と牽連なき場合には、その責任を判断するに当つて十分の警戒を必要とするであろう、としめくくる。<sup>(36)</sup>

#### 4 過失論との関係

不破博士は、冒頭で触れたように、現行法上認められる二種の責任条件たる故意・過失に共通する要素も、行為者の人格中に端的に把握しうるものと信ずる。即ちそれは、利己心に充ち法秩序を尊重しないという意識・無意識の心

構えそのものうちに存すると考える。<sup>(37)</sup>

すなわち、故意については、前述したが(注16参照)、過失は不注意により構成要件該当の結果を発生せしめた場合に存し、それは注意義務の懈怠(不注意)をもって核心とするのである。不注意とは意識・無意識の状態において、意志の緊張を欠き、為すべきことを為さず守るべきことを守らなかつた状態をいう、とされる。<sup>(38)</sup>

そして、過失理論に関する学説の検討を行うが、まず、ペンディング(K.Binding)について考察し、ペンディングが、「違法行為の実行は唯意志の現実化によってのみ可能」であるから、責任は、違法性に向けられた行為能力者の意志といふことができる、と考えていたことを不破博士は指摘し、<sup>(39)</sup>このような前提から、ペンディングは過失も亦責任の一類型たる以上、当然に違法性に向けられた意思たることを認めなければならぬのであるもの、過失者は違法なる結果の表象を欠くなるものであるが故に、不法の意志を有するものではないと考えられるが、しかし、これは、心理学上、唯、表象せられたもののみが意志せられたものと理解せられるに基づくのだが、法学では意志内容の實現という点に重要性がある、と意思形成における内部的過失のみを問題とする心理学と法学の違いについて論じていることに不破博士は着目する。<sup>(40)</sup>

では、過失と故意・偶然とを区別すべき契機は何に求めるか、という次の疑問にペンディングは、どういふ解答を用意しているのかという点について、不破博士は以下のように叙述している。

すなわち、故意と過失との区別が意志の有無という点に見出しえないことは、以上述べたところにより理解しうべく、其の正当なる解決は意志内容に之を求めなければならぬ。即ち、「人がその行為の禁止せられていることを知りつつなお敢てするのは法規をあからさまに蔑視することを宣言するものである」。斯くの如き認識ある違法の意志は、認識なき違法の意志(過失)に比較して重き責任形態たるのみならず、種類を異にした責任形態といわなければならぬ。

即ち故意と過失は自己の行為に関する違法の認識に於いて差別契機を見出すのであって、其れは結局において法秩序に対する敵対意志 (*animus hostilis*) の有無に帰着することとなる<sup>(4)</sup>。では、過失と偶然なる事故との区別は何に之を求むべきかに關して、ビンディングは、どのように論じるかについて、不破博士は以下のように説明されている。

すなわち、ビンディングによれば、固より責任なくして違法なる行為を意志することはあり得るのであり、過失と偶然との区別は違法なる結果を回避しえたかどうかという点に求められる、すなわち、法的な意味に於いて避け難き法益侵害は、法的な意味における偶然といわなければならぬ、というわけである<sup>(5)</sup>。

次に、エクスナー、リトラー (Prüfer)、エンギツシュ (K. Engisch)、エクスナーに反対するフィッシャー (Fischer) 等の学説が考察されるが、不破博士は、以下のように、彼らの学説に対する感想を述べる。すなわち、まず、エクスナーの説を要約して「過失に於いては不知の要素が中核となるのであって、不知とは正当な表象のないということに外ならない。或る一定の *Eindrucke* が行為者に対し期待せられるが如き表象又は判断を引き起こさないならば、其れは両者の間に連想上の結合を欠く所以が、外部的条件や経験又は知識の不足に基づく限り過失責任を置礎する要素とはなりえないが故に、責任を基礎付けるものとしては、唯、結果の表象を引き起こすための感情の欠缺のみが残る訳である。」と説き、これに対して「心理学の領域に於ける立ち入った理論の是非は到底私の判断し能うところではないが、フィッシャーが意志責任説を強調するためか、人の行為に關する感情的要素をことさらに過小視する如くみられる態度に同意し難い。之と同時にエクスナーが、過失に於ける行為者の感情的要素を強調しつつ、其の背景にあつて法律的には最も重大な役割を演ずる行為者人格全体に対し注目するところの少ないのは、何といつても甚だしい物足らなさを感ぜしめる。洵にゲルラント (H. Gerlan) のいう如く、吾々にとつては過失の本質が *Willensfehler* か *Gefühlsfehler* かまたは *Verstandesfehler* かということとは大した重要な問題ではない、ともいえるのである。たとえ

エクスナーの結論とするところが到底維持しえないものであるにせよ、過失の本質を深刻に掘り下げて検討した其の功績は顕著なるものがあつて、私も亦自分の思索を進めるに当り学ぶところの少くないことを痛感する次第である。」と述べている。<sup>133</sup>

こうして、不破博士は、自説の展開に移る。すなわち、「吾々人間の行為は意志と行動との総合的な統一であるが、人の意志は、先天的ならびに後天的所与の極めて複雑なる組合せによつてきまつて来ると考えざるを得ないのであつて、其の行為者に対し決定的瞬間に於いてなお他の行為を期待し得べしとなすことは、私の解するところによれば、それは全く他の人格を期待すること以外ならぬのである。人間の行為が斯くの如く必然的なものに規定せられるに拘わらず、然も吾々が其の行為につき行為者を非難しうる所以のものは、實に行為主体が生きた自由な人格であるから以外ならない。」と人間に固有の人格が、他行為可能性を保証するものとして存在するという不破博士の人間観を説明しさらにこのことを敷衍して以下のように述べる。すなわち、「吾々人間は一切の歴史的なもの及び環境的なものに決定せられつつ、而も歴史を作り、環境を作つていく精神として存在する。吾々は、行為者人格と行為との間に緊密なる関連を考へるからこそ、善行を称賛し悪行を叱責し、たえずみずから修養し、人を教育する意味を見出すのである。」と、人格と行為との密接な関連の中に、規範的・教育的自強（人格形成）の根柢を求め、と結論付け、さらに「犯罪が行われた場合、吾々が其の行為につき、その行為者を非難することを得る所以は、實に『其の行為はまさに其の人にとって偶然ではない』『その行為は其の人格の必然的ほとばしり』と考えられる」から以外ならない。という、刑事責任の基礎的前提<sup>134</sup>のもとに、不破博士は最終的結論に到達して以下のように締めくくるのである。

すなわち、刑事責任の基調を斯くの如く考へることによつて、現行法上認められる二種の責任条件たる故意・過失に共通する要素も、行為者人格中に端的に把握しうるものと信ずる。すなわちそれは、利己心に充ち法秩序を尊重し



ないという意識・無意識の心構えそのものうちに存する、と考える、と冒頭でも主張された、不破博士独自の人格責任論であり、典型的故意は、行為者の心情が法秩序を蔑視する如き道義的非難に値するものたることは、論なきところであろう、と述べ、過失は不注意(意識・無意識の状態)に於いて意志の緊張を欠き、為すべきことを為さず、守るべきことを守らなかつた状態により、構成要件該当の結果を発生せしめた場合に存し、注意義務の懈怠を以て核心とする、と行為者人格との関連性の中で、故意・過失それぞれの本質を見出すのである。<sup>45)</sup>

## 5 おわりに

ここまでのところで、すでに不破説に対して、行為についての意志責任(行為責任)としての道義的責任と人格に対する非難性とはいかなる論理操作によって合流するのかという疑問は当然に残存する。責任は、本来構成要件に該当する違法行為に対する評価だつたはずであり、法益侵害とは無関係の人格がなぜ非難されるのか。刑法の役割は、一定の人格形成を保護することで(道徳保護)ではなく、法益保護だつたはずである。さらに、不破博士は構成要件に該当する違法行為は、それが行為者人格に裏付けられている限りで容認される、とする観点から人格責任論を標榜され、そこに故意・過失の統一的構成を求めたのであつたが、それは行為者応報刑を承認したことになるが、では、行為者応報刑を正当化するものは何なのかという疑問が提起されざるを得ない。<sup>46)</sup>

そして、不破博士は、常習犯の重罰根拠を人格責任論から導き出しておらず、<sup>47)</sup> 島田武夫博士のように行刑との関連性に言及していない。<sup>48)</sup>

「不破武夫博士の人格責任論」注

(1) 団藤重光「不破武夫博士の思い出」『わが心の旅路』(有斐閣 昭和六十一年)三六六頁。

(2) 大谷實『人格責任論の研究』(慶應通信 昭和四七年)一九六—一九七頁。

(3) 牧野英一「重訂 日本刑法 上巻」(有斐閣 昭和二十二年)一三九—一四〇頁。

(4) 不破武夫『刑事責任論』(清水弘文堂 昭和四三年)四頁。

(5) 不破・前掲書(注4)六頁。人格は、哲学的領域につながると同時に生物学的領域につながる、とされる(団藤重光『刑法綱要総論』(第三版)〔創文社 平成二年〕一〇七頁)。

(6) 不破・前掲書(注4)七—八頁。

(7) 大谷・前掲書(注2)一二八—一三三頁、一九六頁。

(8) この考え方を前提とすると、たとえば、累犯加重について、「前刑の警告を踏み越えて再犯に出たという、高められた行為責任が刑罰を加重するのであり、法益侵害の増大は累犯加重の根拠には無関係である、という今日の通説的学説は不当だということになるであろう(中島広樹『西岡正樹「累犯加重に対する一考察」山形大学法政論叢五六号』平成法政研究三四号(平成二五年)一四五—一五三頁)。

(9) 不破・前掲書(注4)一〇頁、なお、大谷實『刑法講義総論』(新版第五版)〔成文堂 平成三二年〕三一—四頁によれば責任能力とは、要するに「人格的能力」であるとして、責任能力は人格と解され得る定義がなされており、そのような見方からすると、行為者人格と行為との連関性を責任能力の有無と関わらせても大過はないであろう、と思われる。

(10) 大谷・前掲書(注2)一九六頁。

(11) 不破・前掲書(注4)一〇—一一頁。

(12) 浅田和茂『刑事責任能力の研究 上巻』(成文堂 昭和五八年)一三三頁。

(13) 曾根成彦『刑法総論』(第四版)〔弘文堂 平成二〇年〕一四二—一四三頁。

(14) 不破・前掲書(注4)一一—一四頁。

(15) 不破・前掲書(注4)一四頁。

(16) 不破・前掲書(注4)一四頁。

(17) 金谷治(訳注)『荀子 卷第一七 性惡編第三三』『荀子』(昭和三七年)〔岩波書店〕一八九—二一四頁参照。

- (18) 団藤・前掲書(注5)二九五頁が「おもうに、故意においては、犯罪事実に対する積極的人格態度がみられなければならない」と述べているのと、共通性があると思われる。
- (19) 不破・前掲書(注4)一五一―一七頁。なお、団藤・前掲書(注5)三二四頁は過失を構成要件該当性と違法性の問題に重点を置く、いわゆる「新過失理論」が、現代の新しい社会的・経済的事象に対処するために大きな成果を挙げていることを評価しなければならぬ、としながらも、行為者人格との結びつきにおいて考察されなければならない、と責任の領域における過失の意義を強調するのは、やはり、不破博士の立場と共通するであろう。
- (20) 不破・前掲書(注4)一六一―一七頁。
- (21) 大谷・前掲書(注2)一九七頁。
- (22) 大谷・前掲書(注2)七二頁。川崎一夫「メツガリの性格論的責任論」創価法学一卷二号(昭和四七年)九一―一二四頁。
- (23) 不破・前掲書(注4)二二頁。
- (24) 不破・前掲書(注4)二九―四三頁。
- (25) 不破・前掲書(注4)四三―四四頁。
- (26) 不破・前掲書(注4)四四―四五頁。
- (27) 不破・前掲書(注4)四四―四六頁。
- (28) 不破・前掲書(注4)四七―四八頁。
- (29) 不破・前掲書(注4)四七―四八頁。
- (30) 不破・前掲書(注4)五〇―五八頁。
- (31) 不破・前掲書(注4)五八―六一頁。
- (32) 不破・前掲書(注4)六一―七一頁。
- (33) 曾根威彦『刑法総論(第四版)』弘文堂 平成二〇年一六五頁によると、かつて故意の本質について、①犯罪事実の認識があれば足りるとする認識主義(表象説)と②犯罪事実の表現を希望する希望主義(意思説)との対立があり、故意と過失との区別については、表象説が結果発生の蓋然性が高いものと行為者が認識していた場合が故意で、低いものと表象していた場合が過失である、とし、意思説では、行為者が結果発生を積極的に意欲しなくても、認容していた場合が、故意であり、認容のない場合を過失と解している。
- (34) 不破・前掲書(注4)七二―八一頁。

- (35) 不破・前掲書(注4) 九六―九八頁。
- (36) 不破・前掲書(注4) 一〇―一頁。
- (37) 不破・前掲書(注4) 一六九頁。
- (38) 不破・前掲書(注4) 一六九頁。
- (39) 不破・前掲書(注4) 一五六―一五七頁。
- (40) 不破・前掲書(注4) 一五七頁。
- (41) 不破・前掲書(注4) 一五八頁。
- (42) 不破・前掲書(注4) 一五八頁。
- (43) 不破・前掲書(注4) 一六〇―一六五頁。
- (44) 不破・前掲書(注4) 一六七頁。
- (45) 不破・前掲書(注4) 一六九―一七〇頁。
- (46) 大谷・前掲書(注2) 一九七頁。
- (47) 大谷・前掲書(注2) 二〇二頁では、安平政吉博士による情操類落論が採用されているのではないか、という口吻の指摘がある。他に大谷實「わが国における人格責任論の潮流」同志社法學一五卷一号(昭和三八年) 七四頁。
- (48) 中島広樹「島田武夫博士の人格責任論」『平成法政研究二七卷一号』(平成国際大学法政学会 令和五年) 一九九頁においては、島田博士の処遇論と人格責任論とのかわりが説明されている。