

# 人格形成責任論の現状

中島 広 樹

はじめに

I 団藤博士の人格形成責任論の意義

II 人格形成責任論に対する評価

III 人格形成責任論の側からの反論

IV まとめと展望

結びにかえて

はじめに

人格形成責任論は、戦後、通説的地位を占めていたにもかかわらず、今日では、ほとんど支持者がないという運命をたどった。いかなる学説と見えども、毀誉褒貶はあるにせよ、これほど極端な盛衰はかえって興味を惹くのである。すなわち、「犯罪成立要件としての責任のみならず、量刑責任、行刑責任を統一的に説明する理論としては卓越したものである」と高く理論的に評価されるものの「理論的にありうるとしても、…過去のどの行為・決断が現在の人格を形成したかを立証することは不可能である」と訴訟法的に不可能性が主張されて、結局全否定されるようだ。しか

し、責任能力にせよ、違法性の意識にせよ、常習性にせよ、目的にせよ、不法領得の意思にせよ、主観的事柄であるからその存在の立証が困難であるとあきらめてしまえば、主観的要素の立証は、悉く不可能なのではないか。

本稿では、さしあたり、人格形成責任の立証の困難性は承知のうえで、人格形成責任論に対するこれまでの議論を振り返りながら、その現状と展望について概観してみたい。

### I 団藤博士の人格形成責任論の意義

犯罪とは、形式的には構成要件該当性・違法性・有責性（責任）の三個の要件を備えた行為であることについて通説的には異論がない。そして、この刑法上の責任は、法益を侵害する行為（違法な行為）をしたことについて、刑罰を手段として法の立場から問われる非難可能性であるとされる<sup>1</sup>。そして、刑法上の責任は、道義を維持する機能（社会倫理を維持する機能）をもつという考え方を基礎にして、道義的な行為をすることができたのに、意思の自由によって反道義的な（違法な）行為を選択して、その行為をしたことについて行為者を道義的に非難できることであるとする。もつとも、この刑事上の責任の基礎をどこに求めるかという点に関して重大な問題がある。

周知のように、道義的責任論は、個々の違法行為における悪い意思に規範的非難の根拠を求めてきた。このような見解を行為責任（*Tat Schuld*）または、意思責任論（*Willensschuld*）という。行為責任論をもたらしたのは、いうまでもなく古典学派の人間像である。それは理性人であり、自由意志の主体としての抽象的人格であり、つまり、初期資本主義の人間像である。各人は、自由意思の主体であり、自己の行為について全責任を有するという個人責任の考え方が徹底されたわけで、それは、人格の尊厳を説くものに外ならず、個人主義の理念に通じるものであり、中世および近世初頭において広げられすぎた刑事責任の範囲を限定したところに歴史の意味があるとされるが、一九世紀終わり

にロンブローゾ (Cesare Lombroso, 1835-1909) の犯罪人類学が、頭蓋骨に一定の特徴のある者は「生来的犯罪人」として宿命的に犯罪に陥る、と主張して刑事学界に空前の波紋を巻き起こして以来、実証主義的な近代学派が意思決定論に立脚する性格責任論(社会に侵害を加える危険性を持つ人間に対しては社会は自らを防衛しなければならず、社会的危険性を持つものは、社会防衛処分を受けるべき地位に立つ。そのような地位を責任と呼び、だから、責任の根柢は危険な性格であるとするのが性格責任の主張である)を主張して古典学派の道義的責任論に対抗してきた。すなわち、近代学派の人間像は、宿命的な人間像である。それは、素質によつて宿命づけられ、社会的・経済的条件に拘束される人間像であり、そこには資本主義の高度化に伴う経済的鉄則による人間の拘束が象徴されているかのように思われると評されていたが、団藤博士は、素質・環境の波のまにまに漂う浮き草のような存在が人間の姿であるとき、そのような近代学派の想定する客体的な人間像に反発を覚え、このように想定された人間をさらに主体的にみるとき、そこに人格形成責任の理論が可能になると考えた。人格形成責任論は、戦前に不破武夫(戦後に井上正治博士に継承される)・安平政吉の諸家によつて主張されていたが、本稿では、いまだに「犯罪成立要件としての責任のみならず、量刑責任、行刑責任を統一的に説明する理論としては卓越したものである」と高く評価されている団藤博士の人格形成責任論の現状について概観したい。団藤博士は、周知のとおり古典学派の行為責任論では人間の把握において十分であるとし、近代学派の性格責任論が、責任の根柢を行為者の性格の社会的危険性に求めたのは、その意味で理解できるが性格の危険性それ自体は非難の要素を持たない。つまり、性格が反社会的になったのは、たとえば本人の努力ではどうすることもできない先天的な原因に由来したのだとすれば、それを他者が非難することはできないはずである。法は不可能を強いない (impossibilia nulla obligatio) のだから。

そこで、団藤博士は、人格の主体性を責任論に吸い上げることによつて、刑法に道義的規範性(人間性)を回復し

ようとした。その結果、提唱されたのが人格（形成）責任論（Pörsenichkeitsschuld）である。

団藤博士は、人格責任論であっても責任判断の対象となるのは犯罪論体系の構造からして論理的に構成要件に該当する違法行為そのものであるが、それは（違法）行為が人格の主體的現実化であることによる。犯罪行為は一定の性格の自然必然的流露ではなく、人格の特性に従いながらも種々の内的小および外的条件のもとに行業者が他の可能性を排除してその可能性を選択することによって行われるものである（人格の自発的要素、つまり主体性ということである）。そのことは、人格責任論が単なる人格の一般的潜在性ではなく個別的現実性をとりあげてを要することを意味する。こうして、行為責任の観念は堅持され、人格責任論は、まず当の犯罪行為の人格態度を取り上げるべきことになる。すなわち、「人間はかように宿命を負わされながらも、またみずからの運命を開拓していくものではないか。素質についても、その素質にもとづく人格形成のある面を抑制しある面を助長することが可能なのではあるまいか」といふ人格形成観が展開されるのだ。<sup>4</sup>その結果、以下のような責任論が述べられる。すなわち、少々長文だが正確に引用すると「（責任判断の対象たる事実である）人格態度が規範によって期待された義務に反するとき、規範による非難、すなわち有罪の判断を受けることになる責任能力の存在、犯罪構成事実の表象・認容ないしその表象を欠いたことについての不注意、さらに期待可能性の存在のすべてによって人格態度の義務違反性・反規範性が判断されるのであって、これらのすべてが責任判断の対象となる事実であり、メツガー（Edmund Mezger 1884-1962）のいわゆる責任事実関係（Schuldsachverhalt）である。違法性の意識はむろんのこと、期待可能性の存在もそれ自体は事実であると同時に、犯罪構成事実の表象ないし表象の可能性も行為者に非難を帰するための要素であつてやはり規範の意味をもつことをみのがしてはならない。ところで、これらの責任事実関係をみると、一方において行為

者人格の側において心理学的・性格学的さらには生物学的な人格態度そのものと他方にはその人格態度の場としての行為環境が含まれる。すなわち、端的な人格態度ではなくて、一定の行為環境を場とする人格態度が責任判断の対象となるのである。フランク (Reinhard Frank 1886-1934) が初期の学説において付随事情と称したのはまさしく人格態度の場としての行為環境にほかならない。責任概念そのものが規範—事実の關係概念であるが、責任事実もまたかように主観的—客観的、したがって生物学的—心理学的な構造を有するのである。かようにして責任能力は生物学的・心理学的であり期待可能性は社会的であつて両者は一見対蹠的ともみえるのであるが、両者ともおなじ責任理念に服するものであつて、ばあいによつては両者はほとんど限界を画しがたいことさえあるのである(例えば強制)。以上は、責任事実の内部におけるいわば静的なシュパンヌンクの關係を指摘したのであるが、さらにいわば動的なシュパンヌンクの關係をも考えなければならぬ。それは責任が犯罪行為についての非難を行為者人格に帰するものであることから当然に考えられるべきことである。犯罪行為は一時のものであるが、人格は生々發展し、つねに形成途上にあるのである。犯罪行為における人格態度の判断にもその背後における人格形成の過程を取り上げるべきことはすでに論じた。それだけでなく犯罪後においても犯罪者に対する非難の強弱が変わることがありうる。当時の犯罪について刑を科するのは現在におけるその行為者に対してである。量刑の標準としても援用される起訴猶予に関する規定(刑法二四八条)に「犯罪後の情況」が挙示されているのは、一面では違法性に関するものを含むとともに、他面ではあきらかに責任非難に関するものを含むといわなければならない。犯罪の成立要件としての責任の有無の關係では犯罪後の情況は問題にならないが、責任の分量ないし程度の關係ではこれも重要な意味をもつのである。かようにして、責任事實は動的には行為—人格の關係においてシュパンヌンクの關係に立つといわなければならない。人格責任の理論は此の見地においてとくに重要な役割を演じることになるのである。責任事實は以上に述べ

たように人間存在の縮図ともいふべき複雑な構造をもつものであることを指摘しておきたいとおもう。人格に対する非難可能性の評価がすなわち責任判断である。責任判断は責任の中核をなす」という人格態度への主観的―客観的構造を有する軌範的判断を中心とする責任論である。そこから、以下のような各論点に関する議論が展開される。

### 1 過失犯と故意犯の区別基準（認容説）

以上のような総論的な議論の結果、故意犯は行為における意思が問題とされ意思責任の観念があてはまるが、過失犯の場合は、行為における意思というよりも行為における意識下の人格の客観化としての人格態度を問題とすべきこととなる。すなわち、過失犯の場合、行為者は内心の注意力を緊張して、事実（構成要件的行為・結果）を表象―認識及び予見―して、事実の発生を回避しなければならなかったが、このような注意義務の違反としての不注意（注意義務に違反する人格態度）が違法行為に対する非難可能性を基礎づけると解する。故意犯では、意思責任が問えるのに（順法義務に反する人格態度）、過失犯では意思というよりも、もっぱら予見義務違反として予見可能性の問題に還元されてしまいがちな故意・過失両者における主観面における不揃いな点を、人格態度の観念を共通項とすることにより回避しようという解釈論上のメリットがあるというわけであろう。

すなわち、故意においては行為者の直接的な反規範的な人格態度がみられるのに対して、過失においてみられるのは単に間接的な反規範的な人格態度である。過失においては、注意義務を課する規範に反する点で反規範性がみられるが、本来の規範（人を殺してはならない）に対する関係では、かような注意義務違反（人殺しの結果を招かないように注意せよ」という注意義務違反）を通じて間接に違反するに過ぎない。犯罪事実について認識はあるが、認容を欠く場合（認識ある過失の場合）に故意とならずに過失となるのは、認容の有無によって積極的な反規範的人格態度

の有無が分かれるためである。ここにも結果発生の反対動機となりえなかったことは、結果発生の見解がありながら内心的事実としての認容（結果不発生への認容・希望が行為者の内心には存しなかったこと）が存していることに基づくが、結果発生を予見しながら結局行為に及んだという事実・態度は上述したような結果不発生への認容・希望が行為者の内心には存しなかったことを物語っていると認められよう。故意・過失は単なる内心的事実・心理的要素ではなく、そのような心理的事実の存在・不存在を裏付ける態度を伴う「人格態度」なのだということであろう。

このように、過失責任は故意よりも軽い責任形式であり、過失責任の中核をなすのは不注意という要素であり、不注意というのは、行為者の意識作用ではなく、意識的過失においてすら、意識ではなく、意識下の人格態度が要点をなす。かくして、過失は人格責任によつてはじめて説明される。意思だけでは、たぶん、認識ある過失と認識なき過失とともに過失として扱うことはできず、認容の有無という人格態度の違いによつて故意と過失の区別をなす認容説は人格責任論を起点として考えるほかはない、と説かれる。

## 2 違法性の錯誤と故意（制限故意説）

人格責任論は、故意と違法性の意識との関係についても独自の結論をもたらず。違法性の意識は故意の要件であるとするいわゆる厳格故意説の立場からは、犯罪事実の認識があつても、その違法性を意識しなければ行為者は、法的・道義的な抑制感情に遭遇しなかつたはずであるから、違法性の意識こそ、故意と過失とを分かち分水嶺であると主張され、常習犯や確信犯には違法性の意識がないから処罰できなくなると批判される。人格責任論は、当の行為における違法性の意識よりも行為の背後における人格形成に要点があるから当該行為については規範を意識してこれに違反しようという意思ではなく、人格態度の直接的な反規範性が故意責任の本質をなすのだから、規範によつて禁じられ

た内容の事実、つまり犯罪事実（たとえば殺人）を認識している以上、行為者は規範の問題（「人殺しは許されるか」）に直面する。これに正しい答え（「人を殺してはならない」）を与えてこれに違反する場合と、誤った答えを与えて（「人を殺してもよい」と思つて）その結果違反する場合との間には本質的な差異はない。犯罪事実を認識認容して、しかもあえて行為に出る以上、そこに直接的な反規範的な人格態度をみる事ができるので、違法性の意識は故意の要件ではなく故意の要件としては違法性の意識の可能性で足りるとする制限故意説が導かれることは周知のとおりである。<sup>8)</sup>

### 3 中止未遂の法的性格

刑法四三条本文は、犯罪の実行に着手して之を遂げざる場合が未遂罪だと定義し、その処分として刑の裁量的減軽を規定しており、他方同条但書では自己の意思に因りこれを止めた場合を中止犯として刑の必要的減免という四三条本文のいわゆる障害未遂よりも寛大な取り扱いを認めている。なぜ、等しく「犯罪の実行に着手し、それを遂げなかつた」場合なのに中止未遂の処分の方が障害未遂のそれよりも寛大な取り扱いを受けるのかの根拠をめぐつて長い間論争が続けられてきていることはよく知られている。立法に当つて、犯罪に手を染めても途中で翻意すれば刑は軽くなる、ということを法が予告することによる防犯効果を狙つたものだとその政策説は「後戻りのための黄金の橋」というリスト (Franz v. Liszt 1851-1919) の標語にも端的に示されているが、政策説では刑の減軽と免除とを分かち基準を提供できないことから、行為自体の違法性ないし責任の減少に求める法律説に至らざるを得ない。しかし、犯罪の実行に着手し法益侵害の危険を発生させたが結果は発生しなかつた（既遂とならなかつた）という点で中止未遂も障害未遂も全く同じ構造を持つているのだから、結果の欠如により違法性が減少するという点では、中止未遂も障害未遂も変わりがなく、故意を主観的違法要素と解して、任意的中止により故意が放棄されることによりその限りで違法



性が減少するという見方も、中止の任意性とは、故意の放棄を意味せず、故意を放棄するに至った動機の任意性を意味するのだから中止の任意性を直ちに違法減少理由と理解するわけにはいかない<sup>9)</sup>。そこで、責任の事後的減少を主張する責任減少説が説かれるが、少なくとも実行行為着手後は結果発生危険性の危険性とそれにもなう行為責任はすでに生じてしまっており、それを減少させるということはありえないという批判に遭遇してしまう。責任の事後的減少という考え方は、中止行為に示される行為者の人格態度が実行行為以降の人格態度によって生じた行為に対する非難可能性を減少させるという評価は人格形成責任を中核とする動的な犯罪理論の構成を前提として初めて成り立つであろう、と団藤説は主張する<sup>10)</sup>。

#### 4 罪数論

注目すべきなのは、たとえ数個の行為であっても、一つの人格態度の現れと目することのできるものであれば、それが同一の法益の侵害に向けられたものである限り、これを包括的に評価できるといつてよいのではないかという主張である。数個の行為は客観的には、数個の構成要件該当行為、法益侵害行為ならば原則として数罪に分析して併合罪と考えたくなるものであるが、場合によっては一つの人格態度としてまとめて評価しうるのではないか。たとえば、接統犯などが例示できよう。あるいは、人を逮捕し引き続き監禁したときは、一個の逮捕監禁罪となるし、賄賂を要求し、約束し收受したときは一個の収賄罪として処断されるようないわゆる「狭義の包括一罪」もその一例である<sup>11)</sup>。判例は、一個の決意の発現ということを強調するが、団藤説によれば、必ずしも最初から包括的犯意(Gesamtvorsatz)が存したことを要せず、同一の機会または継続的事情によって触発された一個の人格態度の現れと認められる一連の行為であれば、それらが同一の法益侵害に向けられたものである限り、各行為の時間的接着をどこまで厳格に考える

必要があるかは問題であり、厳格な接続犯の範囲を超えて一罪を認める余地があらうとする。

さらに、刑法五四条一項前段に規定された「一個の行為にして数個の罪名に触れ」るものを観念的競合と呼ぶが、判例はこの「一個の行為」の意義につき、「法的評価を離れ構成要件の観点を捨象した自然的観察のもとで、行為者の動態が社会的見解上一個のものとの評価を受ける場合をいうと解すべきである」としているが、この「動態」について団藤博士は「行為は構成要件該当性、違法性、有責性という事実に対する規範的评价ではなく、そのような評価の対象となる事実の面に属するのだから、自然的・社会的基礎とをもつものであつて、まさしく行為者の動態にほかならず、「行為者人格が一定の場合」において主体的に表動するもの」であり、そして、「評価を離れ構成要件の観点を捨象した自然的観察のもとで、行為者の動態が社会的見解上一個のものとの評価を受ける場合をいうと解すべきである」とする最高裁多数意見の見解と人格的行為論を説く団藤説とは一致するとする。判例のいう「動態」とは団藤説のいう「人格態度」なのだというわけである。

### 5 常習犯に対する刑罰加重

人格責任論は、主として常習犯人に対する刑の加重を根拠づけるために主張された。<sup>15)</sup>

### 6 責任能力

団藤博士は、責任能力とは、有責行為能力であると解し、それは非難可能性の前提となる「人格的」適性にほかならないとして、受刑能力とは別物であり、生物学的基礎をもつべきものであることから、ある方面についてだけ責任能力を欠くという一部責任能力が観念されると説く。<sup>16)</sup>

## Ⅱ 人格形成責任論に対する評価

法哲学四季報誌上で団藤博士の「人格責任の理論」が発表されてから一五年後、日本刑法学会が発刊した『刑法講座三』に平野博士が「人格責任と行為責任」と題する論文において、団藤説に対する包括的評価を公表した。<sup>17)</sup> すなわち、「犯罪は行為である」という近代刑法の大原則があるにもかかわらず、行為責任以外に補充的に人格責任を認めることができるか否かという点が問われなくてはならないとし、さらに具体的に①常習犯加重規定のように法が明文によつて行為者人格そのものを刑罰の対象としている場合、②量刑においては行為のみならず、行為者人格をも考慮すべきではないか、③犯罪成立の要件たる責任要素として、行為者人格そのものが問題とされなくてはならないのではないか、という三点を問題とした。<sup>18)</sup>

### (1) 常習犯人と行状責任

一九三三年のドイツ刑法改正によつて「危険な常習犯人」に対して刑法二〇条aで重刑が科せられることとなるとともに、「危険な常習犯人」に対する保安処分もドイツ刑法四二条aにおいて規定された。「危険な常習犯人」については刑の加重で足りないときは、重い刑の執行が終わつた後不定期の保安処分にまわすもので、行為者の危険性に対しては保安処分が、常習犯の重い刑に対しては危険性を改善するための保安刑ではなく、責任刑が科されるいわゆる「責任に対して刑、危険性に対して保安処分」という二元主義が採られており、常習犯人に対する重い責任刑を説明するために考案されたのがメツガーの行状責任論であつた。メツガーの責任に対する考え方は、行為者が「危険な常習犯人であること」即ち彼の人格が「そうあること (So sein)」に対して責任を問うのではなく、およそ責任はそう

でないことも可能であったとき初めて問うことができるのであって (So-Geworden-sein)、危険な常習犯人の場合、日ごろの行状が悪く、そういう行状をしないこともできたはずなのに、そういう行状をしたためにそういう人格になったこと、すなわち違法な結果をひきおこした人格形成行為に対して責任を問うことになる、というもので行為者の危険に対して重い責任を問うことの根拠を明らかにしたものとして高く評価された。<sup>19)</sup>

しかし、ドイツ刑法二〇条 a の文言によると、行状責任が認められなくても危険な常習犯人と認定されただけで重罰を科せられる可能性があり、その場合は責任刑ではなく保安刑が科せられることになるという実定法上の限界が存在した。<sup>20)</sup>

のみならず、行状責任論については、人格が有責な行為によって形成された部分と何ともなしえない素質との合成物と考えているようにみえるが、人格形成行為それ自体も素質によって制約を受けるし、素質を改造しなかったという不作為もふくまれるはずであるが、人格形成行為については可能な部分と不可能な部分とが不可分に化合していると解されるとすれば、常習犯に対する加重刑は責任刑ではありえずだからこそボッケルマン (Paul Bockelmann 1908-1987) は、メツガーの行状責任を高く評価しながらも明確な生活決定があった場合にのみ(故意の人格形成に限って)人格形成責任を問おうとしたのであった。<sup>21)</sup>

## (2) 刑の量定と人格

次に、常習犯人に対して刑が加重されるのは特別な場合だが、そうでない場合でも行為者人格が危険なものになったことについて責任が認められる限り刑の量定に考慮することができるというかつてメツガーの主張した論点について検討される。

たとえば、行為者Xにおいて窃盗をしようかという行為動機とやめようかという反対動機という二つの動機が衝突し、ついに窃盗を行う決意がなされた場合、自由意思の活動が非難の対象だと考える規範的責任論の考え方によれば、窃盗が習慣的になり、特に反対動機さえ生じなかつたときは自由意思のほとんど働く余地がなかつたのだから責任は軽いということになるが、これは常識に反する結論であろう。特に窃盗が習慣的になつていない場合、X自身の自由意思によつて選択されたのだから責任は重いということになるが、強い反対動機が生じたことはそれだけ善への傾向が人格に内在していることを意味するが、反対動機さえ生じなかつた場合はまさにその行為はその行為者Xの人格に相当するものとして強い非難に値するという性格論的責任論を論ずる方向へ向かう。すなわち、自由意思における自由とは刑罰によつて決定されることをいい、人間の意思の持つ法則性を利用して将来行為者および一般人に同じことが起こつた場合、今度は犯罪が行われないように新たな条件付けを行おうとするものなので、犯罪への動機・傾向の強い性格の者にはそれだけ重い刑罰が必要なので、行為は人格相当であればそれだけ刑は重くなる道理であり、よつて常習犯人の刑は重いと説かれる。<sup>(24)</sup>これに対して、人格責任は、「精神病質者や限定責任能力者のような社会にとつて危険な者であつても、完全な責任無能力者ではない限り、まだ意思が残っているのだから、通常人以上にその残つた意志力を振り絞つて、犯罪に陥らないようにすべきであつたのに、それを怠るような人格形成態度をとつたことを強く非難する」と、このような人格になつてはならないと命令するが、性格論的責任論はこのような行為をするなど命ずるだけで危険な性格を持つ者に対してはより強く命じるといふ過ぎないと分析される。<sup>(25)</sup>

しかし、近代学派が人格を含む行為者そのものを対象としたのは、改善教育という温かい手をのばすためであつたのに対して、古典学派の刑法は非難応報という厳しい態度で犯罪に臨んだためその対象を行為に限定したのであつた。行為責任の原則はそのような意義を有するにもかかわらず、あえて人格形成過程を問題にすることは、行為責任原則

をあいまいにするのみならず、結果的に危険性を責任に編入する恐れが生じるのではないかと分析されている。<sup>(26)</sup>

### (3) 故意

平野博士によれば、犯罪事実を認識し、これを意思的に実現した場合が（犯罪事実を認容した場合が）故意であるが、人格責任論の場合、現実には犯罪事実を認識していなくとも潜在的な認識があれば足りるとされ、あるいは「実存的にみて」人格の必然的な実現であれば足りるともされると分析されたい。たとえば、いわゆる激情犯としてなされた殺人や酩酊中になされた殺人の場合を例に挙げて、通常の精神状態ならば「短刀で腹をさす」という事実を認識すれば「死の結果」を予見するであろうが、激情犯や酩酊中の犯行のような異常な精神状態の場合には、存在する事実を認識する能力とこれから結果を推論し、予見する能力との間に通常人とは違ったズレが生じるので、故意は認定し難いはずであるから、このような場合にもなお故意を認めようとして、潜在的ないし無意識の故意、実存的ないし人格的な故意が主張されると考察されるが、潜在的とか無意識的という観念は精神分析の観念に示唆されたものだろうが、内容的に同じものであるかは極めてうたがわしいとされ、無意識の世界の認定は不確かであり、刑罰が無意識の世界にどのような効果を及ぼすかについての知識は極めて乏しいことから、刑法は意識の世界にとどまり、認識したことしか意識できないとする行為責任の原則を維持するほかはないと主張される。<sup>(27)</sup>

### (4) 過失

平野博士によると、過失の場合は結果の認識がないから潜在的なものあるいは人格的なものが直接に責任の根拠になるほかはないようにみえるが、もしそうならば、認識なき過失は刑法の外に置くということも考えられると論を進

められたうえで、認識なき過失といっても、全く無意識の状態に対して責任を問うのではなく、居眠りをして遮断機を下すのを忘れた踏切番に対しても、居眠り状態そのものに対して非難を向けるのではなく、居眠りする前の意識ある状態に対してだけ非難が可能なのであるとされたうえで、意識のある状態において「一般的にいつて一定の結果発生」の恐れのある事実」を認識しながら、その際の刺激に応じて意思を緊張させなかったところに過失責任の根拠があると考えると、過失犯は、過失犯罪という一般的な犯罪ではなく、過失致死・失火というような個々の犯罪なのであり、それはまた行為責任であり、意思責任少なくとも意識責任だといえることができよう<sup>(28)</sup>と主張される。

#### (5) 違法性の意識

平野博士によると、違法の意識が故意の要件であるならば、人格責任論は日頃の行状の結果として行為が違法であることを知らなかったときは、違法の意識があった場合と同じ責任を問うことができるように見えるとされつつも、日頃の行状というものが過失の積み重なりであるときは、故意の責任に代替しえないだろうとされる一方、「法に対する敵対的態度」がある場合、あるいは「違法性を知らないことについて非難すべき」場合には故意の責任を問うことができるとするならば、それは行為の時、犯罪事実を認識したにもかかわらず行為をしたときに問題とされなくてはならず、日頃の態度とはかわりなく、犯罪事実を認識した場合には、それが違法であるかどうかを検討しなくてはならないし、法に対して敵対的であるかどうかもこのときはじめて現実的なものとして明らかになるのであり、日頃の行状は、これを認定する一つの証拠に過ぎないと思われ<sup>(29)</sup>と締めくくる。

## (6) 責任能力

一部の責任能力が問題となる場面であるが、平野博士によると責任能力もまた、その行為の違法性を認識し、これに従って行動することができたかどうかの問題であって、抽象的に法秩序一般に対する持続的な態度が問題なのではないのだから、ある行為について責任能力はあるが、他の行為について責任能力がないというのは論理的には可能である。しかし、「人格の統一性」ということを考えるならば、すでに精神病であり、その状態で行った傷害については責任無能力者とは判断されるべき者である以上、窃盗についても責任無能力とするのが妥当ではないかとされる。故意や過失で人格責任を導入しながら、責任能力で個別責任を強調するのは論理が逆とされる。<sup>(30)</sup>

## Ⅲ 人格形成責任論の側からの反論

人格責任論に対する批判に関する人格責任論からの反論については、団藤博士の理論継承者たることを自他ともに認める大塚博士からなされているので、それについても概観したい。<sup>(31)</sup>

## (1) 人格形成責任論に対する批判への反論

「人格が有責な行為によって形成された部分と何ともなしえない素質との合成物と考えているようにみえるが、人格形成行為がそれ自体も素質によって制約を受けるし、素質を改造しなかったという不作為もふくまれるはずであるが、人格形成行為については可能な部分と不可能な部分とが不可分に化合していると解される」という上述の批判に対して大塚博士は、「確かに、人格形成の具体的意味や程度を数学的な精密さで秤量することは、少なくとも現時点においては不可能に違いありません。しかし、ある犯罪行為を行った行為者の人格についてそれまでの人格形成がどうで



あつたかということは、その行為者の素質および置かれた環境に照らして、すでに今日の科学においても、かなりな程度には正確な評価を与えうるのであり、たとえ完全ではないにしても、努力を払って認識されうる範囲においては、それを責任判断の資料として用いる必要があることは疑いを入れないと思います。行為者の人格の意味は、過去における人格形成と切り離しては、論じえないからです。そして、このような責任判断について認識される範囲は、刑法の隣接諸科学の進歩・発達に依じて漸次高められて行くものであり、したがって、常に、当該時点において到達されている科学的知識・技術を用いて、できるだけだけの努力を払うことが必要であるとともに、そのようにして収集された成果は、その時点においては、十分な判断資料としての価値をもつものといわなければならないでしょう。それはあたかも犯罪事実の認定についても、いわゆる科学的捜査を尽くし、当該時点においては最良とみられる手段・方法によつて認識されたところを基礎とするほかないのであり、将来、科学の進歩・発達に伴つて、新しい捜査手段が可能になつた折には、それと違つた事実が認識される可能性があるにしても、それはそれとしてやむをえないこととされなければならぬと同様です」と説かれている。<sup>33</sup>

人格形成過程において有責的な部分とそうでない部分を明らかにすることはできない、という主張に対しては、科学の発達による将来的希望と、現実にも人格形成過程についてある程度の評価は可能となつていくという現在の状況の提示によつて、そもそもできないという批判に対応している。説得力が全くないとはいえないであろう。有責性について事実に十分に明らかにできなければ、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が適用されるだけのことである。

## (2) 故意・違法性の意識について

大塚説は、構成要件の故意ないし事実的故意のほかに、責任故意を認めるが故意責任とは、行為者の刑法規範に積極的に違反する人格態度を内容とするもので、行為者の人格態度の意味は、究極的には行為者個々人の内心に立ち入った検討を要するのであり、構成要件論における類型的判断によって尽くしうるものではない、として無意識の世界まで踏み込むべきではないとする平野説への回答としているようである。そして、行為者が積極的に刑法規範に違反する人格態度をとったといえるためには、違法の意識あるいは違法性の意識の可能性が必要であり、単なる犯罪事実の表象を内容とする事実的故意だけによって窮極的に故意犯を認めうることは不都合だとする。現行刑法の基本的態度は、犯罪を故意犯と過失犯とに大別して故意犯処罰を原則とし（刑法三三一条一項）、法定刑においても過失犯の処罰は故意犯に比べて非常に軽いことにかんがみると、刑法適用における故意犯と過失犯との区別は極力慎重に行われるべきだから、具体的行為者人格への評価を加える必要性があると強調している。故意があるとするためには、無意識の領域に踏み込んででも慎重に判断することが、その重い刑罰に照らして当然に求められるのだから、刑法規範に違反する積極的人格態度を肯定するためには、単に行為者の心理状態における知的側面（構成要件の故意を犯罪事実の表象と考える立場）のみならず、知的面と情意的面とを総合して判定すべきだと力説する。そして、それゆえに、故意犯と過失犯との区別の標準としてのいわゆる認容説を刑法運用の実情に適したものととして支持するに至るわけである。<sup>44</sup>

以上の立論は、一般的な市民の議論として表面的にはなじみやすいものであり、反論がむずかしいのではないだろうか。そこが通説として確立したゆえんであろう。

このような議論に対して、中山説は、構成要件の故意と責任故意を分けた場合、構成要件の故意は認められても責

任故意が否定されれば過失犯が成立することも考えられようが、いったん構成要件の故意が認められた事実には過失犯が成立するのはなぜかというラジカルな疑問を提起し、さらに認容説についても結果の発生を認識しながら行為に出るところに既に意思的要素が認められるのにそのうえ「認容」が要件とされると、事は情緒的人格態度によって決せられることとなり「結果発生(35)の認識が否定されずに行為が行われたかどうかの」点を基準にすべきとする平野説が引用されている。

### (3) 過失

大塚説の過失犯における人格責任論の現れ方が特に問題とされることはないようであるが、構成要件の過失において、中山説によると大塚説における構成要件の過失の内容が結果回避措置の類型化であったにもかかわらず、そもそも結果予見義務に重点を置く議論をしているのは矛盾であり理解しがたいとされているが、これは、人格責任論が過失を内心の態度を重視せざるを得ない結果が過失の体系論との関連で不合理な結論をもたらしているという旨の批判であり、間接的な人格責任論への批判となっているように思われる。

### (4) 責任能力

団藤説では、責任能力は行為とは無関係な責任の前提ではなく、それ自体責任の要素であるとされ、素質的な面での行為の非難可能性を基礎づけるものとされている。つまり、具体的には、責任能力は、生物学的な面から出発して、違法性の意識や期待可能性の問題と重なり合うことが認められる。そして、そこから同一人物について、能力の方向や程度によって、犯罪の種類による責任能力の相対化を認めるといふ「一部責任能力」ないし「部分的責任能力」の

考えかたが承認されることになる。しかし、有責任為能力説に立ちながらも、責任能力を当の行為についての違法性の意識や期待可能性に解消し、これを行為当時の能力一般を意味するものとして位置づけようとする考え方があることに注意しなければならぬ。たとえば、小野博士によると、責任能力は、行為当時に「一般に」自己の行為の許されないことを認識しうる可能性を持つていたかどうかという形で問われることになり、ひいては個々の行為の責任要素から切り離されて、再び責任の前提として位置づけられることになるわけだがその際、生物学的要素ではなく、自由意思を基礎とする心理学的要素が重視される一方で一部責任能力は否定される。以上のように中山研一『口述刑法総論（第二版）』では総括されさらに、『刑罰適応性の観点から、生物学的変性に重点を置いて、責任の前提として責任能力を判定するという行き方については、責任能力から規範的側面を捨象することによってこれを科学化し、合目的な処遇論を導入するという点で、注目すべき現代的アプローチだといつてよいでしょう。そこでは、これまでの責任能力論が、人格の単一性や持続性を分断して、部分的に責任能力が認められる限り責任能力があると責任を追及する姿勢に傾き、それが処遇論として効果がないという点への反省と批判があるように思われます。』もちろん、このことは有責任為能力説から出発して、責任能力を当の行為との関連にのみ限定し、部分的責任能力の肯定にまで押し及ぼしてゆく方向が妥当だということを意味しない、と分析したうえで、生物学的変性が認められるにもかかわらず、個別行為について責任能力が認められるような場合でも、疑わしい場合は刑罰適応性の観点からこれを否定する可能性を留保すべきであると、考察をしめくくる<sup>37)</sup>。思うに、人格形成責任論の背景には、人間の人格の独立性や人格形成（完成）についての権利・義務思想<sup>38)</sup>があると思われ、人格分断による責任追及をみとめることが、本人の人格形成を助けるのかどうかを問い、人格変性を処遇の観点から難雑否定的にとらえるのが本人の人格形成を援助するものであるならば、科学的処遇を優先するべきことになる。有責任の追及が常に本人のためになるかどうか、受刑によ

る贖罪の必要を肯定することが本人の人格形成に資するならば、刑罰適応性の強調は望ましくないが、刑罰そのものの不利益処分性に対する一方的な人権的反論は、すでに行為者が社会侵害的行為を行っている場合には世論に訴えるところが乏しく社会に対しては責任逃れの印象を与え、人格形成が一方的なものではなく社会との関係において行われるものである以上、本人の社会との関係における人格形成を妨げることとなる公算が大きいであろう。

### (5) 中止犯

中止犯の刑の減免根拠については、責任減少説への支持者が相変わらず少なからず存在する。すなわち、実行に着手した後、自己の意思により、中止行為をした場合には、行為者に対する非難可能性が軽くなるので、責任が減少すると考えるのが責任減少説だが、中止行為に示される故意（決意）の自発的・事後的放棄が行為者の規範意識の具体化あるいは人格態度として働くことによつて行為者に対する非難可能性が減少すると理解する。故意一般を違法要素ではなく責任要素と考える立場からの帰結であり、殺意を以て人を刃物で刺した場合、少なくとも実行行為開始後には行為責任の基礎は、行為責任の本質上、刺殺（しようとした）行為に絞り込まれて評価されるどころ、中止未遂であれ、障害未遂であれ、覆水盆に返らず、刺殺しようとした違法行為に対する行為責任はすでに生じてしまつており、人格責任論は、犯人による刺殺行為と救命行為とをまとめて一個の人格態度（いったん故意的に実行行為に着手しながら、自発的に法益侵害を発生させずにその具体的危険の発生にとどめた人格態度）と観察することになるので、被害者を殺そうとした行為とその後の救命行為という善き人格形成行為との一連の行為を全体として刑事責任の基礎となしうるのであり、当初の刺殺行為という違法な犯罪行為に対する行為責任を帳消しにしながら（ないし減少させながら）全体としての人格態度が責任阻却（ないし責任減少）ゆえに無罪（ないし刑の減輕免除）となり障害未遂より

も責任は減少するという論理が可能になるわけである。<sup>(9)</sup>

#### (6) 量刑と人格責任論

団藤博士が、法哲学四季報誌上で人格責任を論じてからほぼ四半世紀経過した時点で登場した大谷実『人格責任論の研究』(慶応通信 昭和四七年)三二―三八頁では、「…団藤教授の精力的な努力にかかわらず、団藤説はわが国においては、その後多くの支持者を得られないままに終わり、わずかに同教授の責任感を祖述される大塚教授ら若干の学者によつて支持されているにすぎないのが現状である、しかし、その大塚教授も『…責任が存在することが認められた場合に、さらに、その程度を判断する段階において顧慮すべきことがらではなからうか』とされ、人格形成責任論は、量刑場面において意義を認められるべきことが示唆されているのである」<sup>(10)</sup>と団藤説の現状分析が行われていた。

#### IV まとめと展望

人格責任論は、多かれ少なかれナチスの情操刑法論と関連しており、ドイツでは、もともとの支持者であつたメツガーやポツケルマンすら戦後これを捨てたため、その後ドイツではほとんど顧みられず、戦後日本において団藤博士によつて開花させられたのであつた。<sup>(11)</sup>

ただ、前述した通り、人格責任論はその理論自体においても、その解釈論の具体的適用面においても批判がなされ、それに対する反論も行なわれ続け、行為責任論か、性格責任論か人格形成責任論かは、華やかな論点であり続けたが、現在人格責任論は支持者を広げられずその支持者を失つていくといわれる。<sup>(12)</sup>

しかし、現在においても刑法総論の教科書等を見るとほぼ洩れなく人格責任論についての項目が見られる。にもか

かわらず、確かに、人格形成責任論の支持者は絶滅した観がある。刑法学において、これほど大きな影響を持つに至った学説がなぜ、支持を広げられなかったのかと不思議な感じがする。

そこで、以下においては今日においても掲げられている人格責任論の問題点を反省しながら、人格責任論の展望を試みたい。

- ① 道義的責任論の立場から行為の背後にある人格に非難の契機を見出し、「人格形成過程」にまでさかのぼって、有責的に形成された人格とそうでないもの（素質的なもの）を区別しようとするが、しかし両者を区別することは困難である<sup>(44)</sup>。
- ② 行為の基礎となつた潜在的人格にまで立ち入って法的評価を加えるのは、個人生活への不当な介入であり、刑法の謙抑主義の面からも疑問がある、積極的責任主義である<sup>(45)</sup>。
- ③ 人格形成過程は責任非難を排除・軽減する方向にも働く<sup>(46)</sup>とされるが、人格形成過程における「責任を基礎づけ強めるプラスの要素」と「これを排除し弱めるマイナス」の要素を妥当に区別して認定することはほとんど不可能である。常習犯人についてはいえば、常習強窃盗（盗犯等防止法二条）などは悪い環境のもとで人格形成をした場合も多いのだから、その刑を当然に加重すべきだということにならないであろう。悪い人格環境から抜け出る事ができたはずだとほとんど常にいえることであるから、實際上人格形成責任が責任非難を軽減する方向に働くことはほとんどないであろう<sup>(46)</sup>。
- ④ 「認識のない過失」は意思責任の見地から説明できず、軽率な人格態度に対する法的非難であるという人格責任論の主張に対しては、個別的な意思の欠陥に目を背けて一般的な人格の欠陥を抽出しようとするのは刑法の採るべき態度ではない<sup>(47)</sup>。

⑤ 常習犯の刑罰加重根拠は、行為責任から説明できる。<sup>(48)</sup>

⑥ 人格形成責任は情操刑法を認めることになり不合理である。<sup>(49)</sup>

⑦ 過去の生活歴をもれなく調査することは不可能である。<sup>(50)</sup>

⑧ 過去のどの行為・決断が現在の人格を形成してきたかを立証することは不可能である。だとすれば、人格形成責任によつて常習犯の加重処罰を基礎づけることはできない。<sup>(51)</sup>

⑨ 人格形成責任を合わせ考慮することによつても、常習者について、せいぜい、気の迷いからたまたま罪を犯した初犯者と同程度の責任を肯定しうるにすぎず、それよりも重い責任が問われることを説明することはできない。<sup>(52)</sup>

これらの諸批判に対して、団藤博士は「わたくしの人格責任理論というものに対しては、いろんな方面から、いろんな批判があります。それは、それぞれにもつともなところがあります。特に技術的にみるというと、自分でもいろいろと欠点に気がついていまして、これはだんだんに修正して行きたいとおもっております。しかし、もつと大きな目で見たばあいにどうだろうということになりますと、今まで私の考え方に加えられた批判は、どうもわたくしには承服しかねる。おそらく学問というものがあまりにも抹消に走つてきているということから、そうならないんじゃないか、という気がしてならないであります<sup>(53)</sup>」と語つておられるが、改良された人格責任論を発表される前に団藤博士はお亡くなりになり、改良型人格責任論を目にすることはできなかつた。

人格責任論は、もともと旧派の道義的責任主義の立場からいかにして常習犯の加重根拠を理由付け得るのかという問題をきっかけに登場したものであることは周知のとおりである。<sup>(54)</sup>しかし、立法段階までの常習犯加重の根拠づけに關しては常習犯のみんながみんな悪い環境から抜け出る自由があつたのにあえて法益侵害方向へと人格形成したのか



どうか問わない形で規定が出来上がっている。常習犯の認定ができれば、刑が加重される規定になっているのであり、人格形成責任が認められる場合にのみ刑を加重するという規定になっているわけではない。しかも、判例においても、常習性が認められるうえに人格形成責任があるから常習犯加重するというような実質的要件を解釈上設けたうえで、常習犯の加重を行っているわけではなく、基本的には複数の同種前科があれば常習性（習癖）を認めるといのが判例の態度である。<sup>55</sup> 常習的犯行に至るまでの人格形成過程における有責的人格態度や無責的人格態度が区別されて特に事実認定されているわけではない。

判例がこのような状態なので、人格形成責任論の判例への具体的な解釈論的な影響については不明である。実は人格責任論の問題への展望は、判例が積極的に各人格態度に対する具体的価値判断を行ったうえで判決文に明示しなくては、人格責任論は学説上、これまで同様につねにそもそも論の形で大上段に構えた抽象的な論戦に終始することとなる。人格責任論は、優れて実践的な理論だったのであり、基本的な価値感のぶつけ合いだけに終始しては不毛であろうし、常習犯の場面のみならず、刑の量定の場面において指針の提供が望まれているといえよう。すなわち、そこでの可罰性の度合いは、行為責任論という刑事責任の量にあたりと考えてよいであろう。そして、さらに具体的に宣告される刑は、行為のみならず、行為者の属性、つまり、被告人の精神的・肉体的素質、生い立ち、犯罪歴、社会に復帰した場合の社会的環境や家庭環境、さらには被告人自身の更生意欲、被害弁償への誠意などの事情も重要な影響を及ぼすと解される。<sup>56</sup> その背景には、性格的論責任論と称する実質的行為論がこの領域に盤踞していることが問題と言えよう。

大谷論文<sup>57</sup>によると、「責任がなければ刑罰はなく、刑罰は責任の量に比例しなければならない」ということが近代刑法の責任主義（責任とはここでは、行為責任・意思責任をいう）の帰結だとされてきた。ところが、戦後、量刑基

準に關して様々な主張がなされたとき問題の焦点となったのは、行為者の人格要素とりわけ性格の危険性を量刑にいかに取り入れるかにあり、行為責任論の側では、①刑事政策の要請を根拠とするもの、②責任には幅があり、その中に刑事政策的考慮を入れようとするもの、③性格の危険性を違法性論に還元し、法益侵害ないし規範に対する脅威の程度に影響を与える要素として量刑因子に加える立場<sup>④</sup>に分けることができる。量刑に当たり行為者人格を量刑因子として取り入れることは量刑の実践において不可欠であるが、行為責任主義を採用して量刑の上限を画す原則に立ちながら、部分的に責任の幅を認めたり刑事政策的必要性を説いたり違法論への還元を図るなど行為責任主義にいろいろと細工を施しながら量刑の要請に応じようとするのが一般的量刑論であるようだが、人格責任論は、行為責任を原則として人格形成責任を二次的に考えるのだから、規範的責任論の枠内で理論上必然的に責任刑を考慮するというメリットがある。

しかし、行為責任と関係のない人格形成過程を想定するのは前述の諸批判に遭遇する。そこで、行為主義を堅持しながら、上述以外の仕方では責任評価の中に行為者の人格的要素を取り入れ、量刑論に資するようにするためにはどうするかという問いから生まれたのが、性格論的責任論であり、人格形成過程での人格態度ではなく、行為の原因となつた人格だけを責任非難の対象とする考え方であるが、社会的責任論における性格責任論と同様に行為責任を前提とした本来の「非難」とはいえないであろう<sup>⑤</sup>。

この責任論は「汝の行為と汝の本質との間の関係が明らかであればあるほど、また、汝の行為が汝をより完全に特徴づけるその精神の特徴を示せば示すほど、汝がその行為を良心が否認する可能性は、いよいよ少なくなり、また汝に外部的正義が刑罰の形で加える行為の対価を拒むことは、ますます困難になる」としたメルケル(Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrecht 1889, S.77)の提言に始まるといわれる<sup>⑥</sup>。

大谷論文は、これを受けたのがマイヤーの「動機は(責任を)軽減し、性格は加重する」(M. E. Mayer, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 1915, S.240)ことになるのであり、つまり、行為が人格相当であれば責任と刑罰は重いというわけである、と指摘する。そして、彼らは、要するに行為と結果は、「汝自身のもの」だといえるとき責任があり、その度合いが高いほど責任と刑罰は重いとしたのであると大谷論文は指摘するとともに、マイヤーの考え方は、メツガーに受け継がれ「行為時において人格の表現ではない行為はなく、実に精神障碍者の行為も、その例外ではなくなる」からであると指摘される。ここにいう人格は、犯罪行為との関連で問題となるのであり「刑法規範、特に刑罰威嚇を内容とする刑法が向けられるのは法的動機付けにより動機付けのできる人格としての責任能力者である」とされ、この理論は、行為が上のような人格に裏付けられていれば、責任があり、その程度が高ければそれだけ責任が重いというのであると説明する。たとえば、エンギッシュ(Karl Engisch, 1899-1990)やE・シュミット(Eberhard Schmidt, 1891-1977)の実質的行為論<sup>(64)</sup>では「行為は刑罰の根拠を提供し、性格は刑の量を提供する」という前提がとられ、わが国でも、「人は自分の性格・意思については変えられなくても責任を負うのである」と言い切る学説がある<sup>(65)</sup>。たとえば、いわゆる社会的弱者の多くがそうであるように、経済的に不利な皆さんだ環境のなかで、がむしやらかな生き方をしなければならなかった行為者が事件を起した場合も、起こした結果から危険な人格の持ち主だと、そしてだから重い非難・刑罰が相当だという(本人の置かれてきた事情はほとんど考慮されることなく)単純な思考過程は容易に取られるだろうし、人格形成過程のための正常な環境にあったかどうかが不問に付されることになれば、普通の市民の多くは冷静な状態では、たぶんフェアな感じを持たないであろう。

- 確かに、上記の性格論的責任論に対しても人格形成責任論と同様に以下のような種々の疑問が投げられている<sup>(66)</sup>。
- ① 行為に現われた限度で人格を考慮するとしても、行為が人格(刑罰が作用しうる人格の規範心理的な層)に相当

であれば、それだけ責任が重いとすることは、実際には、本来の行為責任論の枠を超えて、そのような人格であることに非難を加え責任を問うことになる。

② 現在の経験科学では、刑罰が効果を發揮しうる人格の規範心理的層とそうではない生理的層とを明確に区別することはできない。この理論によれば、おそらく、確信犯人は、前者の層の人格相当であるとして常に重く処罰すると言う結論になろうがそのことにも疑問がある。

③ 犯罪的動機をもつ強い可能性のある人格ならば、それだけ重い刑罰が妥当するということは、行為責任よりは、人格の危険性に向けられた理論であるということになる。習慣によって反対動機さえ生じなかった場合にもそのことのみによって、当然に責任が重いといえるかは疑問の余地がある。

④ 刑罰が将来への条件付けにとどまる限り、その非難は、過去の行為についての他行為可能性を前提とする本来の非難とは言えないように思われる。

同じく人格責任論の範疇として考えられていながら、性格論的責任論の方が、人格形成責任論よりも支持があるように思われるのは、やはり行為責任論の方により近く、しかも、行為者人格をも考慮しうる実践的性格の爲であろう。支持者は、「結局、累犯の要件を満たし、常習性を基礎づける事実が認定できる限りにおいて、当該行為についてもより強く非難できるという点に（常習犯の刑の）加重の根拠を求めべきである。これを実質的行為責任論と呼ぶことができる<sup>(67)</sup>」。

このようにして、人格形成責任論の解釈論上の効用の代表例であった常習犯の刑の加重根拠は、性格論的責任論が実質的行為責任論の名のもとに説明し、それが一定程度の支持を得ることになって解決済みの観が現れてしまってい

る。

しかし、常習性が認定されると直ちに加重刑に相應する行為時の人格の危険性が認められてしまい、クレプトマニアのような事例では罪責限定のための解釈論が困難なのではないだろうか。人格形成責任論に立てば、治療歴における被告人の真摯な人格態度が考慮されうるが、性格論的責任論では、犯罪を反復しているという客観的犯歴に性格の危険性が認められて、クレプトマニアにはさらに行為時の人格の危険性が肯定され過去・現在の人格態度やその際の意思の自由度が学説の本質上、十分に考慮されないのではないか。<sup>(66)</sup>

中止犯にしても、すでに未遂犯が成立している以上、犯罪成立要件としての責任が事後的に減少することはないとしながらも、性格論的責任論の立場なら、すでに実行に着手した以上、そこに危険な人格は露呈しているわけであるから、性格論的な責任は肯定されてしまい、事後的な中止行為に意味を認める人格形成責任のように責任減少説は取りえないように思われる。<sup>(69)</sup>近年は、結果無価値論の立場からも人格形成責任論が説いた「中止行為に示された行為者の人格態度が責任を減少させる」とする考え方が主張されるようになって<sup>(70)</sup>いる。

このような例に示される通り、量刑一般においても実行行為により人格危険性が発現している場合、その後の行為者の適法方向に親和するような主体的行為がなされていたとしても、もはや責任の逓減へと働かないことであろう。人格形成行為が非難を軽減するような行為はあまりないにせよ、人格形成責任論は、そのような非難軽減的態度の量刑への作用を認める建前であるが、性格論的責任論は危険Ⅱ特別予防の必要Ⅱ責任ありという思考過程を経る原則である以上、量刑は必ずから被告人の行為前後の善行をあまり顧みないものとなるであろう。

## 結びにかえて

さて、人格形成責任論に関する総論的観念的議論はもはや尽くされた観が存する以上、ことは量刑論全般等の具体的な問題にわたるのであるが、人格形成責任論の解釈論につき、今後の深化の可能性があるとすれば、中止犯の事例において行為者の事後的行為を被告人の有利な方向へと解釈してゆくか、あるいは、複数の人格態度が認められる事例において複数の人格態度の一つ一つに危険性を認めて併合罪とするか、実質的にまとめて一個の人格態度であるとするのか等という罪数的問題、あるいは常習犯における罪責限定的解釈などの場面においてとりわけ判例の解釈に即しながら、展望されると思われる。たとえば具体的には、「スロットマシンの設置行為に関する常習性の有無」や「ウェーバーの概括的故意」の問題があげられよう。

## (イ) 賭博場経営者の常習性

周知のように「賭博の常習性」とは、賭博行為を反復累行する習癖をいい、賭博罪の前科のほか反復累行の事実、さらには賭博の性質、方法、賭け金額の諸事情を考慮して決定され、一回の賭博行為であっても常習賭博罪は成立するが、複数回賭博行為を行っても常習賭博罪は集合犯であるから、常習賭博罪が包括して一罪が成立するに過ぎない。<sup>75)</sup>常習性の意義や法的性格の問題であるが、この事例に関しては、常習性否定説<sup>77)</sup>と常習性肯定説<sup>78)</sup>があり、このような遊技場経営者の事例も賭博の常習性に含まれると解すべきだという説が有力となっている。<sup>76)</sup>

林教授の指摘する通り(注77)、この判例に常習犯・習癖概念を認めることは確かに言葉のうえで無理があるばか

りではなく、賭博の習癖が獲得された人格の危険性の現れた行為に刑の加重根拠を求めるこれまでの性格論的責任論（実質的行為責任論）からすると、将来犯罪を累行する危険性の原因となりうるものがあれば、それは行為を通してうかがわれる人格の危険性でなくとも、客観的経済的依存性に基づく危険性であれば構わないということで、常習性に藉口して実質的に営業の危険を刑の加重根拠とするに至った実質的行為論の重罰志向的性格があらわになるのである。常習性は営業性と区別されるという点で犯罪個別化機能を営む構成要件要素であり、しかも、その刑の加重根拠は、通常、人格形成上の非難増大に基づく行為責任の加重に求められたのであった。それゆえ、常習性が認められてもその獲得過程の行為者事情に非難を軽減する事情が認められれば、直ちに刑の加重には結びつかないとする謙抑的解釈も可能なのであるが、実質的行為責任論は、行為を通して肯定される危険性が刑の加重根拠だったはずで、その考え方自体が性格自体を非難するという規範的責任論の観点からは疑問の残る議論であったのに、さらに将来の営業の危険性があれば人格の危険の一種として責任論自体が刑罰拡張的に適用される危険性を看取しうるのである。

#### （口）ウェーバーの概括的故意

XはAを殺そうとしてAの首を締めたところ（第一行為）、身動きをしなくなったので、すでに死亡したものと誤信し、犯行の発覚を防ぐため、Aを海岸の砂上に運んでこれを放置した（第二行為）が、Aはまだ生存しており砂末を吸引したため窒息死したような場合。

これを因果関係の錯誤として扱う考えかたと殺人未遂行為と過失致死行為とに全体を分割し、併合罪とする考え方に分かれる。<sup>(80)</sup>

内田博士の説かれるようにウエーバーの概括的故意は、行為者の数個の行為を概括的意思にまとめ上げうるかという問題なのであるが、まさに人格形成責任論は、構成要件的行為の背後の人格態度についての責任を当の構成要件的行為についての行為責任とともに合一して考える立場である。したがって、最初から構成要件該当行為のみならず、その背後にある複数の人格態度を包括的に評価する立場であり、ウエーバーの概括的故意の問題についても、純粋な行為責任論は、殺人未遂行為、死体遺棄行為、過失致死行為をバラバラに考えるべきこととなり、それらは併合罪になるはずであるが、人格形成責任は、殺人未遂行為、死体遺棄行為、過失致死行為を被害者をこの世から抹殺してしまふことに向けられた意思のもとに複数の人格態度が集合した本件を一個の行為責任へとまとめ上げることが許容するのである。実質的行為責任論に拠ると、第一行為において事後的に計画されていた死体遺棄行為を鑑みると人格的危険を認めうるし、第二の行為にも被害者の生死を確認することのない点に人格的な危険を独立して認めうる。よって、両者は個々別々な行為として併合罪となる。

接続犯で見た通り、団藤説によれば、必ずしも最初から包括的犯意 (Gesamtvorsatz) が存したことを要せず、同一の機会または継続的事情によって触発された一個の人格態度の現れと認められる一連の行為であれば、それらが同一の法益侵害に向けられたものである限り、各行為の時間的接着をどこまで厳格に考える必要があるかは問題であり、厳格な接続犯の範囲を超えて一罪を認める余地があるとするのであった。すなわち、いくつかの一連の行為がある場合、人格形成責任論は、直ちに各行為を分割して併合罪処理とはせず、一個の人格的行為と解されれば、接続犯その他の一罪として扱う余地が大きく、実質的行為論によれば、各行為に相應の人格的危険を肯定しうるならば、数罪として併合罪処理してしまうであろう。ただ、実質的行為責任論によれば、常習犯は、集合犯として最後の犯罪行為までに同じ態様の犯罪行為が集積していると解されることから最後の犯罪行為には、事前に多くの類似行為を反復す



る人格的危険性を認めうるので、性格論的責任論により抽象的に重い刑が科せられるとみる。<sup>(8)</sup>このように、罪数面では、人格形成責任論はいくつかの行為があつても一個の人格態度<sup>(9)</sup>一罪として謙抑的に包括しうるが、性格論的責任論の方は、一般にむしろ、常習犯加重したり、併合罪にするなど重罰化を促す議論に向かうように思われる。人格形成責任論は、重罰化（行為の累積の中に非難加重的な人格形成責任を認めてしまう）を回避する方向でのキメ細かな議論を展開することが、この理論の本領発揮のためにも望まれると思われる。

#### （八）道義的刑罰観

刑罰は、単なる将来への動機づけとして被告人から諸法益の剥奪という苦痛を与えることにより、生物的に同じ痛みを回避させようとするだけの科学的働きかけではなく、過去の一連の人格形成過程における被告人の人格態度につき道義的反省を迫る、という倫理的性格のものである。こう考えてこそ、被告人の更生に向けられた努力に対しても社会的共感が得られるであろう。

社会的に危険な者を排除するための刑罰観では、かえって人間性の否定につながりかねない。本人の諸事情（期待可能性・制御能力）を考慮しうる規範的非難であつてこそ、被告人への社会復帰に向けた働きかけが望みうる。

人格主義的な刑罰論にとっては人格形成責任論が最もふさわしく思われる。

〔注〕

- (1) 内藤謙『刑法講義総論(下) Ⅰ(有斐閣 平成三年)』七四二頁。
- (2) 団藤重光『人格責任の理論』『法哲学四季報二号』(昭和二十三年) 一〇〇—一〇三頁。判例にも人格責任論を正面から採用するような観を呈するものも見られるようになった。覚醒剤を常用する二〇歳の被告人による小学二年生の女子学童に対する強姦致死・殺人事件において東京地裁は「人間は「必然的なものに規定せられながら、なお自律的に行為し、生活を自覚的に形成し、同時に自己の人格を規制しつつ涵養しつつ、みづからの運命を開拓してゆかねばならぬ。」同様な生活環境、社会環境に置かれても、「これに対処する人の態度は決して一様ではなく、人がまさにその置かれたる地位にあつて如何に行為するかは、専ら平常から其の人が如何に考え、かつ行為にあつて如何なる心構えにあつたか」に依存する。被告人の行動は、人命を無視する凶悪なる心意を明瞭に表現しており、惻隱の情有すべき人間のよくなしうるところではない。；死刑が憲法違反ではないからといって軽々にこれを科してよいのではないことはいうまでもなく裁判所は軽々にこれを科してよいのではないことはいうまでもなく、裁判所は能う限り死刑は避くべきものであると思う。然し、それとともに、他人の生命を軽んじてこれを奪う者は最悪な場合、自らの生命をもつて償わなければならないのもまた当然である」として、他者の人格価値に対して持つべき交感性(惻隱の情)の存否を量刑において重視し、団藤説的な人格形成責任の考え方や量刑における人格主義的な方向性(人格形成において他者の人格価値に対する交感性を尊重すべき方向性)を重視する姿勢を示唆して死刑判決を言い渡した「鏡子ちゃん殺害事件一審判決」は有名である(東京地判昭三〇・四・一五判時五〇・二七)。
- (3) 西田典之/橋爪隆(補訂)『刑法総論(第三版)』(弘文堂 平成二年) 一一二頁。
- (4) 団藤重光『責任の理論』日本刑法学会(編)『刑事法講座第二卷』(有斐閣 昭和二十七年) 二五七—二五九頁。
- (5) 団藤・前掲論文(注4) 二五七—二五九頁。
- (6) 団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』(創文社 平成二年) 三三五頁。
- (7) 団藤・前掲書(注6) 三三五頁。
- (8) 団藤・前掲書(注6) 三一六—三二八頁。
- (9) 曾根威彦『刑法総論(第四版)』(成文堂 平成二〇年) 二二七頁。
- (10) 団藤・前掲書(注6) 三二六—三三二頁。
- (11) 団藤・前掲書(注6) 四三七—四四三頁。
- (12) 最判昭二四・七・二三刑集三・八・一三三三。

- (13) 団藤・前掲書(注6)四四三―四五九頁。最判昭四九・五・二九刑集二八・四・一一四。
- (14) たとえば、盗犯等防止ノ防止及処分ニ関スル法律(以下盗犯等防止法と略称する)(昭和五年公布施行)は、その第二条で常習特殊窃盗罪を規定し、法定刑の下限(三年)を刑法三五条の窃盗罪(刑の下限は罰金一万円)よりも大幅に引き上げており、盗犯等防止法三条の常習累犯窃盗罪も同様である。常習犯の場合、どんなに軽微な窃盗(例えば、すり取った時価一円の小銭入れには「大凶」と書かれた「おみくじ」が一本しか入っていなかった場合)であっても、罰金刑に処することはできないわけである。
- (15) 井田良『講義刑法学・総論』(成文堂 平成三〇年)三九〇頁、浅田和茂『刑法総論(第二版)』(成文堂 平成三一年)二八〇頁、山口厚『刑法総論(第二版)』(有斐閣 平成一九年)一九八頁、松宮孝明『刑法総論講義(第五版補訂版)』(成文堂 平成三〇年)一七〇頁。
- (16) 団藤・前掲書(注6)二八一―二八五頁。団藤博士によれば、好訴妄想を有するパラノイア患者の場合、誣告罪などについては責任無能力であっても、他の方面について精神的異常がない限り妄想と関係ない犯罪については責任能力を認めてもさしつかえないということとなる。
- (17) 平野龍一「人格責任の理論」『刑法講座二』(有斐閣 日本刑法学会(編)(昭和三八年)一一二頁。
- (18) 平野・前掲論文(注17)二頁。
- (19) 平野・前掲論文(注17)二二三頁。小野清一郎『刑罰の本質について・その他』(有斐閣 昭和四四年)一〇〇頁は、行為責任を本質とし、人格責任を補充的のものとす。
- (20) 平野・前掲論文(注17)二二三頁では、刑事責任は一次的にも二次的にも行為責任でなくてはならないとの前提に立つ。
- (21) 平野・前掲論文(注17)四一五頁。
- (22) 平野・前掲論文(注17)四一五頁。
- (23) 平野・前掲論文(注17)一〇一―一三頁では、新派が犯罪原因における生物学的要素を偏重した名残りとして、性格論的責任論においては「性格は加重し、動機は軽減する」とマイヤーが説いたようにはじめは性格のみの加重が説かれ動機として性格のみが説かれていたと分析されるが、環境にも責任を重くする(犯罪へと行為者を動機づける)もの(反社会的な集団に属しその一種の群集心理に影響された場合)があるので人格と環境を総合的に考える性格論的責任を実質的行為責任と呼ぶのが妥当とされる。
- (24) 平野・前掲論文(注17)九一―一〇頁。

- (25) 平野・前掲論文(注17) 一〇—一三頁。
- (26) 中山研一『大塚刑法学の検討』(成文堂 昭和六〇年) 二二五—二二六頁。
- (27) 平野・前掲論文(注17) 一四—一五頁。
- (28) 平野・前掲論文(注17) 一五—一六頁。
- (29) 平野・前掲論文(注17) 一六頁。
- (30) 平野・前掲論文(注17) 一七頁。
- (31) 大塚博士は自らの根本的な理論的志向は、団藤説とまったく軌を一にすると認めておられる(大塚仁『刑法概説(総論)』(第四版)〔有斐閣 平成二〇年〕三三四頁)。他方中山研一『口述刑法総論(補訂二版)』(成文堂 平成一九年) viii頁は、「団藤説の影響を受けた学説は非常に多いのですが、基本的に大塚説に継承されて『通説』の地位を維持した」と認めている。
- (32) 大塚仁『犯罪論の基本問題』(有斐閣 昭和六〇年) 一頁以下。
- (33) 大塚・前掲書(注31) 二〇九—二一〇頁。
- (34) 大塚・前掲書(注31) 二二九—二三七頁。
- (35) 中山・前掲書(注26) 二四〇—二四四頁。
- (36) 中山・前掲書(注26) 二八〇—二八五頁。
- (37) 中山研一『口述刑法総論(第二版)』(成文堂 昭和五八年) 二二九—二四三頁。
- (38) 世界人権宣言二九条一項においては「すべて人は、その人格の自由かつ完全な発展 (full development of human personality) がその中にあるのみ可能である社会に対して義務を負う(傍線筆者)」と規定されており、日本の教育基本法一条(平成一六年)は、「教育は、人格の完成をめざし、平和的な国家及び社会の形成者として、真理と正義を愛し、個人の価値をたつとび、勤労と責任を重んじ、自主的精神に充ちた心身とともに健康な国民の育成を期して行われなければならない」と規定している。
- (39) 内藤・前掲書(注1) 二二八—二二八七頁。
- (40) 大谷実『人格責任論の研究』(慶応通信 昭和四七年) 三二—三八頁。大塚・前掲書(注31) 四四—二頁。上記の書では、日独における人格責任論の包括的研究が行われたが、大谷博士自身は「人格責任論は、行為(意思)責任論と行為者(性格)責任論との対立の調和を目指すものとして、私も力を入れて勉強したのですが、人格形成における主体性(自由意思)という団藤博士の理論について行けず、結局は意思と人格は不可分のものであるということに基づいて、異常な精神状態および行為環境が認められない限り、個々の行為は自由意思の所産であるという人格論的責任論に個々至ったわけです」(大谷實/前田雅英

- 『エキサイティング刑法総論』(有斐閣 平成二年) 一八一頁)と述べられるが他方、責任は刑罰効果を極大化する目的から防犯に役立つ限りで認められるべきだとの性格論的責任論とは矛盾するような「行為についての非難を自覚させることが責任を問う場合の前提である」とされ、外側から見ても前はけしからんというだけでは足りない、という認識から、責任判断に本人の事情を比較的考慮されるようである(前掲書一八一―一八四頁)。前田説は、このような大谷説とほぼ同じであると大谷博士は評されているが、両者の争点が責任判断に本人の事情をどこまで入れるかという点にあることについては、両者の認識は一致している(前掲書一八一―一八五頁)。
- (41) 大谷・前掲書(注40)二四頁以下において、ドイツにおける人格責任論の学説の展開が詳細に考察されている。
- (42) 大谷實「行為責任と人格責任」(成文堂 昭和四四年) 中山研一他(編)『現代刑法講座第二卷』二〇八頁。福田平『全訂刑法総論(第五版)』(有斐閣 平成三年) 一八九頁。
- (43) 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣 平成二年) 三五七頁。中山研一『口述 刑法総論(補訂二版)』(成文堂 平成九年) 一八三頁。今井猛嘉||小林憲太郎||島田総一郎||橋爪隆『刑法総論』(有斐閣 平成二年) 二八二―二八二頁。内藤・前掲書(注1)七五―七五頁。浅田・前掲書(注15)二八〇頁は、それゆえ人格責任論は、結局のところ、性格の危険性にも道義的非難を向けることになり、最も過酷な責任論となるとする。鈴木茂嗣『刑法総論(第二版)』(有斐閣 平成二年) 八五―八六頁。香川達夫『刑法講義(総論 第三版)』(成文堂 平成七年) 二〇九―二一〇頁。
- (44) 曾根・前掲書(注9)一四一頁。川端博『総論講義(第二版)』(成文堂 平成一八年) 三九三頁。林幹人『刑法総論(第二版)』(東京大学出版会 平成二〇年) 四三頁。
- (45) 大谷實『刑法講義総論(新版第五版)』(成文堂 平成三一年) 三〇八頁。川端・前掲書(注44) 三九三頁。内藤・前掲書(注1)七五〇頁。藤木英雄『刑法講義総論(弘文堂 昭和五〇年) 八三―八四頁。松宮・前掲書(注15) 一六八頁。山中敬一『刑法総論(第三版)』(成文堂 平成二七年) 六二八―六二九頁。平野龍一『刑法総論I』(有斐閣 昭和四七年) 六二―六三頁では、性格は一つの違法要素とされ、それについて責任が問われることになるのである、とする。たとえば、常習犯の林檎一個の窃盗は、初犯者のそれと行為責任は同じであるが、窃盗への習癖という悪しき性格は主観的違法加重要素であり、その違法要素に相応する責任が常習犯人の窃盗行為の罪責を窃盗行為自体の行為責任とともにトータルで重くするというのであろう。危険な性格自体は非難の要素を伴わないから、責任要素ではなく、違法要素と考えるのであろう。
- (46) 内藤・前掲書(注1)七五〇頁。高橋則夫『刑法総論(第四版)』(成文堂 平成三〇年) 三五〇頁。
- (47) 内田文昭『刑法概要中巻(犯罪論(2))』(青林書院 平成二年) 二二四―二二五頁。

- (48) 阿部純二『刑法総論』(日本評論社 平成九年)一七七頁。
- (49) 木村亀二『犯罪論の新構造(下)』(有斐閣 平成一三年オランダ版)八五―八六頁。
- (50) 西原春夫『刑法総論改訂準備版(下巻)』(成文堂 平成五年)四四八頁。
- (51) 西田・前掲書(注3)二〇八―二〇九頁。
- (52) 山口・前掲書(注15)一八四頁。
- (53) 団藤重光『この一筋につながる』(岩波書店 昭和六一年)二七頁。
- (54) 佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(有斐閣 昭和五六年)二三〇頁。
- (55) 中島広樹『常習累犯窃盗罪を認めた原判決を破棄した事例』平成法政研究一九卷一号(平成国際大学法政学会 平成二六年)一三五―一五一頁。
- (56) 大野平吉『行為責任と人格責任』阿部純二他(編)『刑法基本講座第三卷』(法学書院 平成六年)二〇六―二〇七頁。原田 團男『量刑判断の実際(第三版)』(立花書房 平成二一年)は、近年の学説は、具体的な量刑が行為責任を上回ってはならない(刑の上界限界づけ機能)という点で一致しているが、このような行為責任を内容とする責任主義について「理念としては当然尊重されるべきであるが、実際の量刑基準としての役割は補充的で小さい」と述べている。人格形成責任や性格論的責任論が、それぞれの量刑事情をどう評価すべきかという場合の理論的指針としての役割を期待されることとなる。
- (57) 大谷・前掲論文(注42)二一〇頁。
- (58) 木村・前掲書(注49)四一九頁以下。
- (59) 阿部純二『刑の量定基準について(下)』『法学四一卷四号(昭和五三年)』四一頁。
- (60) 佐伯千仞『刑の量定の基準』『刑法講座二』(有斐閣 日本刑法学会(編)(昭和三八年) 一二八頁。
- (61) 西原春夫『刑法総論』(成文堂 昭和五二年)四〇〇頁。
- (62) 大谷・前掲論文(注42)二一一頁。
- (63) 大谷・前掲論文(注42)二一一―二一二頁。
- (64) 大谷・前掲書(注40)六三頁以下。
- (65) 林・前掲書(注44)四三頁。
- (66) 内藤・前掲書(注1)七五―七五八頁。
- (67) 西田・前掲書(注3)二〇八―二〇九頁。

- (68) クレプトマニアの事例における量刑理由については、中島広樹『クレプトマニアと刑法上の問題』平成法政研究二三卷一号(平成国際大学法政学芸 平成三〇年) 一七二頁。
- (69) ただ、実質的行為責任論に立脚すると解される西田・前掲書(注3)三三八―三三九頁では、量刑責任の事後的減少は認められるとする。前田雅英『刑法総論講義(第七版)』(平成三二年)一三頁以下によると、性格論的責任論等という危険な人格・刑罰有効性に着眼するだけで「非難」概念を欠くならば国民は処罰を納得しないので、現在のわが国の国民の中に存在する規範意識によつて認められる「非難」こそ責任の内実であるとの認識であり、事实上、人格形成責任論を採用している観がある。
- (70) 内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ(有斐閣 平成一四年)』二八六―二八七頁。
- (71) 山口・前掲書(注15)二九三頁。なお、山口厚『刑法各論(第二版)』(有斐閣 平成二二年)五一九頁では、常習犯加重の理由として、「刑罰による特別予防の必要性から責任が加重される」と説明している点に鑑みると、やはり性格論的責任論を採用していると解されるが、そうだとすると、やはり、すでに未遂犯が成立して行為者の人格的危険性が発現している中止未遂につき障害未遂以上の責任減少を説くことは困難ではなからうか。
- (72) 例えば、賭博場経営者の常習性問題において、ふだんは賭け事をしたこともないプラスチック加工業者が長期間営業を継続する意思のもとに、多額の資金を投下して賭博遊技機三四台を設置した遊戯場の営業を開始し、警察による摘発を受けて廃業するまでの三日間、これを継続し、その間延べ約一四〇人の客が来場して合計七〇万円の売上利益を挙げたという事案につき常習賭博罪を認めた判例(最決昭五四・一〇・二六刑集三三・六・六六五参照)。
- (73) 大判大三・四・六刑録二〇・四六五。
- (74) 最判昭二四・二・一〇刑集三・二・一五五。
- (75) 大判大四・九・一六刑録二一・一三二五。
- (76) 最判昭二六・四・一〇刑集五・五・八二五。
- (77) 団藤重光『刑法綱要各論(第三版)』(創文社 平成二年)三五四頁では、本判決が一审で常習性が否定されたが控訴審で肯定され、それが上告審で支持され塚本裁判官の反対意見があることが指摘されている。しかし、団藤説では、塚本反対意見が支持され、「投下資金に拘束され容易に賭博営業を廃止することができず、したがって、賭博を反復累行せざるを得ない」といういわば資本的もしくは経済活動上の依存性も又習癖の「内容をなしうる」との判決文(上掲刑集六八三頁)につき、このようなことは習癖(常習性)形成の原因になりうるのはいうまでもないが、それ自身が習癖の内容を成すというのは無理であろう。団藤・前掲書三五三頁によると、賭博罪の常習性は、賭博を反復することによって獲得した賭博の習癖と定義されるこ

とから、これまで賭け事を行ったこともない人間が既に賭博の習癖を獲得したとみることは困難なのである。また、大塚仁「刑法概説(各論)〔第三版増補版〕」(有斐閣 平成一七年)五三三頁では、この事例の諸事情だけで、賭博の習癖があるといえるかは疑問であるとしている。林幹人「刑法各論(第二版)」(東京大学出版会 平成一九年)四一四頁は、本件のように過去の賭博癖を認定されていない被告人が三日間遊技機賭博の営業をしたという事実、「賭博を反復累行する習癖がある」とか、「常習として賭博をした」とすることは、言葉のうえで無理があるだけでなく、賭博営業を大規模・長期間にわたって行う危険性が大きいという異質の刑罰加重根拠をこれまでの刑加重根拠に持ち込むことになる、と批判する。

(78) 人格形成責任論を批判し、実質的行為責任論を支持する観のある 山口・前掲書(注15)一九八頁、西田・前掲書(注3)二二二頁等は、前記昭和四四年最高裁決定を追認しているように思われる(山口・前掲書(注71)五一九頁、西田典之/橋爪隆(補訂)「刑法各論第七版」(弘文堂 平成三〇年)四二六―四二七頁。)

(79) 内田文昭「改訂刑法I(補正版)」(青林書院 平成九年)一一三―一二三頁は、「第一の故意と第二の故意を概括して一個の故意となしうべき場合である。殺害の目的で頸部を絞扼し、死亡したものと誤信して、犯跡隠べいのため死体遺棄の目的で海岸砂上に放置したところ砂末を吸引して死亡したような場合、殺人未遂、遺棄、過失致死などに分割することなしに、殺人の概括的故意を認めて殺人一罪を考えるのが好例である。行為者の手をはなれて、因果の流れに移行した過程で錯誤が生じた場合を、因果関係の錯誤と解した方が妥当である。ウェーバーの概括的故意は、行為者の数個の行為を概括的意思にまとめ上げうるかという問題なのである」として、各行為ごとの犯罪成立による数罪処理という考え方をとらない。

(80) 曾根・前掲書(注9)一六七―一六八頁は、「因果関係の錯誤として扱う立場は、第二の行為を因果関係の一部として捉え、その間の因果経過が相当因果関係の範囲内であれば故意の既遂犯を認めることができるものである。しかし、因果関係の錯誤は、行為者自身の行為としてはそれが一個の場合に問題となるのであって、行為者の新たな故意行為が介入する限り因果関係の錯誤論を援用することはできない第一の行為と第二の行為を区別し、第一の行為については故意の未遂犯、第二の行為については過失の既遂犯を認め、両者を併合罪と解する説が妥当である」と事例を数個の行為に分析してその間の罪数問題と解する。

(81) 平野・前掲書(注45)一〇八頁、曾根・前掲書(注9)一四二頁。これに対しては、規範的責任論からすると不合理だとの批判が避けられない。なぜならば、犯罪を反復すると犯人の反規範性(危険性)が増大するので、非難可能性は大きくなるからなので刑は加重できないはずであり(佐伯千仞「刑法における違法性の理論」(有斐閣 昭和四九年)三四〇頁)、実質的責任論は、それでは非常識な結論になるために性格論的責任論で刑罰加重を認めようとするのであろうが(山口・前掲書(注15))



一九八頁)、性格の危険だけで刑を重くするのは常識に合致した結論だとしても、規範的責任論からは問題が残るであろうが、人格形成責任ならば、具体的に非難可能性が減弱すると解されれば刑の加重は断念されるはずである。