

三種の人格責任論

中島 広樹

- 1 はじめに
- 2 井上正治博士の研究
- 3 日沖憲郎博士の研究

- 4 井上祐司博士の研究
- 5 おわりに

1 はじめに

戦前より、安平政吉博士、不破武夫博士、島田武夫博士らによって主張されてきた人格責任論は、戦後に至って、
 ほぼ三種類の見解に分かれたといわれる。¹⁾

その第一は、犯罪行為を潜在的な人格体系の必然的なほとばしりと考え、「(人格責任)の内容とするところのものは、
 かかる潜在的な人格体系に対する非難可能性を意味するものである。つまり、言うところの人格責任の理論は行為者の
 性格的傾向性に非難の基調を見いださうとするものにはかならない」とするものであって、これによれば、刑事責任

の対象は、個別行為を基調とし、そこに表現された限りにおいて、行為者人格が責任非難の対象となり、行為と人格が密接な関連を持つほど責任非難は重いと考える理論である。ここでは、行為に表現される、もしくは行為と相当関係をもつ人格が、なぜ非難の対象となるかという法理学的根拠が、特に問題となりうる。⁽²⁾

第二の類型は、個別行為責任を前提としながら、責任要素として心理的責任要素、動機的責任要素のほかにも人格論的責任要素を加え、「行為の人格相当性」と「人格の社会的相当性」をその内容にすえ、人格責任とは「法律規範の存在に対して、麻痺したる感覚を示せること」すなわち合法的情操の頹落に対する非難であるとする考え方であり、これは、規範的行為者類型に近づく見解であるといわれる。⁽³⁾

その第三は、犯罪行為は、行為者人格が主体的に現実化したものでありこの行為に現実化した人格態度に対して責任非難が向けられるが、この人格態度は、素質と環境に制約されつつ、なお、主体的な活動によってもたらされるものであるから、非難は、この主体的に形成された人格の部分にのみ及ぶとするものである。⁽⁴⁾

なお、戦後（昭和三二年）に刊行された団藤重光『刑法綱要総論』では、人格形成責任論に基づく犯罪論が展開され、人格の形成過程における責任についてまで対象とし、刑を対応させた説であったが、昭和三八年ころからの厳しい批判の中で警戒が高まり、継承者は少なく、わずかに大塚仁博士、大谷實博士がいる、とされる。⁽⁵⁾

本稿では、第一類型の見解を採る者として井上正治博士、第二類型に属する者として日沖憲郎博士、第三類型の方向に近似する者として井上祐司博士の論文をそれぞれ考察することとする。

2 井上正治博士の研究

井上正治博士の人格責任論は「人格責任論¹⁾」と題する不破武夫『刑事責任論²⁾』という論文集に対する書評のなかで論じられているので、当該論文を考察して井上博士の人格責任論を明らかにしてみたい。

最初に井上(正)博士は、責任の基礎として、行為に留まらず行為者人格をも考えようとする理由をまず明らかにする。すなわち、人格とは、一貫した人間構造である、と定義したうえ、さらに「人間の知識や経験はばらばらのものではなく、素質とともに構造的統一をなし、しかも、この統一は、時間的にも過去から未来にわたって無限に考えられ得るのであるから、人間の行為は、自らの歴史を無視して瞬間瞬間切れ切れのものであるはずがない。」³⁾それゆえ、このような行為者人格を基盤にして刑事責任の本質を考えようとする不破武夫『刑事責任論³⁾』は、まことにすぐれたものであることが判明するであろうと説くのである。

そこで、井上(正)博士は、まず、不破武夫『刑事責任論』に掲載された論文中、最も力作であるとともに、人格責任論の問題がここに具体化されているので、「未必の故意」(四七一—四四頁)から論述を進める旨を述べる。すなわち、井上(正)博士は不破武夫博士が未必の故意の本質を刑事責任の基調から一貫して攻究し、人格責任論への重要な連繫を提供したことは、刑法学への看過すべからざる貢献である、と称賛する。未必の故意の本質⁴⁾につき、不破博士は、認容説に依拠しつつも、従来の認容説のように、意思や認識というように人間の精神構造の極めて制限された作用によって事を律しようとするわけではなく、未必の故意と認識ある過失の区別につき「結果発生の可能性を認識しつつ行為する場合、其の行為をうらづけている行為者の態度のうちには、法秩序に敵対する積極的なものが見

出されるとき未必の故意ありと解すべく、斯くの如き態度の証明されざるとき、認識ある過失が存するにすぎぬであろう」として、「行為の裏にあつて息つき脈打ちつつ、其の行為に生命を与えている全体としての行為者そのものに」結果の認容といふことの意味内容を探求された。

このように理解された未必の故意の本質から、不破博士は、設例、判例を一つ一つ研究して、自説を具体的に展開するわけだが、井上（正）博士によれば、不破博士の考えを理解するうえでかなり興味ある設例は、不破博士も冒頭に引用されているレフラーの「ロシア人の乞食」の事案であらうとされる。すなわち、「物乞いの道具に使うためにもらつてきた子供の手足を折り、既に何人かを死に至らしめたに拘わらず、更に新しい貰兒の手足を折る乞食にとつては、子供が死んでしまつては元も子もなくなるのであるから、一応本人はその結果の発生を認容せざるものといふことができるであらう。然らば、認容説によれば、この場合には、唯死の結果につき過失を認める外はないのであるか：然し、必ずしもさやうに解する要なきことは：乞食の道具に使うために貰兒の手足を折るが如き行為を敢てする行為者の人格は：既に数回の経験により新しき子供の手足を折る行為が死の結果をもたらす可能性あることを知悉しながら、なほ斯くの如き残忍なる行為を敢てする場合、行為者の心情には、子供の人格を認め其の生命を尊重するが如き殊勝な気持は微塵も存せず、その生死に関しては倫理的意味において極度に無関心なるもの」であつて未必の故意を認めることにいささかも疑問がないとされる。

そこで、井上（正）博士は、まず考察されるべきことは、不破博士の考える認容説が、正常に理解されれば、もともどつちかであるかをはつきり認識する必要があるといふことである、と述べ、この設例の場合を、不破博士が未必の故意として考えようとした所以は、「既に数回の経験により新しき子供の手足を折る行為が死の結果をもたらす可能性あることを知悉しながら」敢て行為に出たという点にあり、そこから、行為者の態度が、倫理的意味にお

いて極度に無関心であったかどうか判断されるのであって、それを無視しては、行為者の態度を倫理的に判断することはできないであろう、と論じる。しかも、さらに、井上(正)博士は、ここでいう可能性は単なる Möglichkeitではなく、「高度の可能性」としての蓋然性 Wahrscheinlichkeit であつて、かかる蓋然性を知悉しつつ敢て行為する場合、そこにはじめて、「子供の人格を認め其の生命を尊重するが如き殊勝な気持は微塵も存」しないものとして、結果を認容したものと認められるに至るといふことにほかならないのではあるまいか、と説き、不破博士が、「蓋然性の多少という謂わば量の如何によつて故意か過失かという質の問題を解決せんとするところに根本的欠陥を蔵する」ものとして否定された蓋然性説と考えられるものであろう、と述べたうえで、われわれが、強く銘刻しなくてはならないのは、とかく、従来、蓋然性説の理解に甚だしく不十分なものがあつたのではないかということである、と故意論全体にかかわる疑問を提起する。

そこで、井上(正)博士は、以下に於いて蓋然性説および認容説の史的展開を概観したうえで、各説の内容を明瞭化しようとする。すなわち、歴史的には、間接故意を、理論的に認め得ないものとして嘲笑しつつも、そこに深く根を下ろしていた古い蓋然性説に対し、一八九〇年フランクが、「可能なものとして表象された結果がもし確実に発生するものと仮定したならば行為者はどう行為したであろうか」といふ、第一公式を樹立して、仮説的認容説を主張して以来、未必の故意に関する展開は、全く新しい観点から試みられたことは周知のことであろう。また、一方一八九五年、ついで一九一一年レフラーが蓋然性説の本来の意義を発見し、ティーレンがこれを心理学的に深化することによつて全く新しい相貌を呈したのである、と述べている。

井上(正)博士によると、この蓋然性説からすると、行為者が非難されるのは、違法な結果の発生を予見したが故ではなく、かかる表象を持ちながら行為したために、そこにはじめて責任が認められるのである。そして、蓋然性説

をこのように理解することが許されるとして、不破博士が本節の冒頭に掲げた「第五柏島丸事件」はさておき、同じく不破博士が因例された「患者の体力が到底堪えられぬことを慮りながら、一縷の成功を祈念しつつ困難な外科手術を試みる医師の場合」⁽⁸⁾を考えてみよう。この場合、不破博士は、蓋然性説がかかる医師に対し殺人罪をもって臨むであらうことを不当であるとし、「通常、最後の瞬間まで手術の成功を祈念し、万策を尽くして何としても患者の生命をとりとむべくつとめるにも拘らず、…斯くの如き医師の心境と態度とが殺人罪をもって論じられることになつてよいものだろうか」と深い疑問を投じておられる。

しかし、井上（正）博士は、「このような場合、問題は、医師は故意を阻却されるべきであるかとして提起されるべきではなく、なぜ故意のみならず、責任を阻却すべきであろうかとして提起されなくてはならない」と主張する。そしてさらに、「しからざれば、不破博士は、かかる医師に対して過失致死の責任を認めることになりはしないだろうか。その不当なることは明瞭であろう。所謂蓋然性説に立脚しても、かかる医師の態度は決して殺人罪を以て律せられるものでないことは、それがあつては違法性（正当業務行為）なり責任性（錯誤・責任説）なりを阻却するものと解するからである。」と論じる。

ついで、井上（正）博士は、「また、ひるがえつて認容説を考えてみるに、特にフランクが、反対者に対し少しく積極的に表現した『何が何でもやるんだ』といういわゆる第二公式をもって表現される積極的認容説は、結果の蓋然性の程度いかんを以て、行為動機を心理的に把握しようとした蓋然性説の態度に比較すれば、未必の故意の本質を究めるにあたり、はるかに正当なものであることは否めない。」と説く。

すなわち、井上（正）博士によると、ミッテルマイアーのいうが如く、「われわれは、勿論、自分の行為が友人の死を結果することの確実性を知悉しつつも、その悲しみを超えて行為せざるを得ないことすらある。が、又、登山家

が友人の救出をほとんど絶望視するにかかわらず、とにかく、救出へ懸命たらざるを得ない」場合さえあることから、蓋然性説の心理学的基礎づけは決して成功しないことが肯認されるであろう。しかし、積極的認容説が、行為者の複雑なる意識構造を対象としつつ、そのカオスの中から「結果不発生の希望」という主観的なものを引き出して、それよつてのみ、未必の故意を限界づけようとするのは、これ亦是認し得ることではない。つまり、井上（正）博士の議論は、蓋然性説だと死の結果の蓋然性を認識しつつ、救命に全力をあげる被害者の友人も、死の蓋然性を表象していた以上、故意犯すなわち殺人罪に問われるという結論になるが、現実には、不当な結論という観を免れないし、積極的認容説が救命者の側に一縷の生存の希望を持つとうという努力（それは錯覚に過ぎないのだが）さえあれば、いかなる場合も「何が何でも死に致す」という意思ではなかった、過失犯に過ぎないと抗弁できるとするのも、いかにも詭弁を弄する観が避けられない、という趣旨であろう。

井上（正）博士は、さらに以下のように続ける。「この点、同じ認容説に立脚しつつ、ヒツペルが、フランク自身放棄した第一公式を、全く違った意味で展開することにより、故意に必要な法益蔑視の態度が行為者に認められれば未必の故意が存する、と考へたことは、ある程度正鵠を得たものではあるまいか。蓋し、人間の精神現象は、先に述べた如く、本来統一的なものであつて、この統一より以前に各々の精神作用があり、それが束ねられ綜合されることによつて、精神現象が考えられるというほどのものではない。各精神作用に於て同時に各精神作用の基礎形式が認められ、この基礎形式からこそ未必の故意の限界も考えられる必要がある」。以上の考察を終えて、井上（正）博士は本題に立ち戻り、「認容説に立脚するとされてきた不破博士が積極的認容説と仮説的認容説とのいづれの側からその学説を展開せしめられたかをまず、問題にしなくてはならない」とし、「そのことは、未必の故意とその基調たる刑事責任の本質との密接な連関が、どれだけ論理的に徹底せしめられたかを認識するに必要なことだ」と強調するのだ。

さらに、井上(正)博士は以下のように続ける。すなわち、『刑事責任論』の「判例研究」にある「被害者死亡の結果を発生することなしと確信していたならば…、殺人の故意ありのなす訳にかぬ」と不破博士が論ぜられる点からすれば、積極的認容説に基づくものと考えせしむるが、全体から観て、一々指摘するまでもなく、ヒツペルの影響を認め得ることを看過することはできない。ところが、ヒツペルにおいては行為者の態度における法益蔑視の程度を考察するに、法益侵害に顕現しない態度をも考慮することを、主張していることは周く人の知るところであろう。この点、不破博士自身も「未必の故意を論ずるには…行為を方向付けている動機を含んだ行為者の全体としての意識構造」ということを重視されることから、否定すべからざるある種の関連が認められるが、しかし、同じ方法を採用しつつも、性格責任論を主張するヒツペルに対し、明らかに異なる人格責任論を考えようとする不破博士は、こころでもつとはつきりとその相違を意識する必要があつたのではあるまいか」と自問する。

そして、以下のように答えを出す。「この点に十分積極的な認識があれば、蓋然性説を考ふるにあつても、その心理的相貌を脱却して、倫理的色彩のみ顕にされた、本来の正当なる意義を認めるに至るであろう。即ち、人格責任論が性格責任論と異り、Einzeltat-Schuldとして犯された行為を非難の中核とする以上、行為によって顕現された事実、即ち、結果発生¹⁰の蓋然性の程度がいかに動機形成に影響を及ぼしたかということの考察は看過しえない重要なものの一つでなくてはならない。かかる蓋然性を認識しつつ敢て行為するところに、明瞭に行為の中に顕現された法益の過小評価という、行為者人格の全体を倫理的に問題にする契機が潜むのである。この結論は、『注意深きもの、小心翼々なるものは、屢々不注意なるもの、粗暴大胆なるものに比べて、不当に重き責任を負担せざるべからざる不合理を生ずる(不破博士は、このことを認識主義の故意論に對しいわれている)¹¹』という非難に決して甘んじる結果とはならない。注意深き者が、結果発生¹⁰の蓋然性を認識しつつ行為を抑止すれば各別、敢て行為に出る以上、そこにこそ

蓋然性が非難の基盤となるのである。かかる論理的過程にこそ、性格責任論と異なる人格責任論の特徴があるのであるまいか。更に、この点は、かくの如き理論的考慮のみならず立証問題としても、重要な役割を果たすのである。

したがって、不破博士が認容の有無を決定する場合、『其の生死に關しては倫理の意味に於いて極度に無関心』¹²或は、『其の行為を方向付けている動機や裏つけている全体としての行為者の心情』¹³等々の概念を標準とする曖昧さは否定すべくもない。かかる不破博士の態度は結局、具体的事案に対し、これを故意犯として処罰すべきものとする、主観的確信を問題とするものであつて、それは方法的に全く逆であるのみならず、不破博士が多年主張された人格責任論が、不知不識のうちに、性格責任論に墮する危険あるものと考えなくてはならない。

ここでは、不破博士の人格責任論が、行為者の心理に存する法益無関心や、法益の過小評価という社会的に不相当な人格が個別行為と相当な関係にあるがゆえに重い責任（故意責任）が問われるという、人格論的責任の有無の判断が恣意的になりやすいのではないかとの批判が、井上正治博士から投げられていると思われる。

井上（正）博士は、尚、「この結果発生の可能性の程度は、極めて流動的であつて、厳密には蓋然性ということ把握しがたいという非難があるであろう。フランク自身、蓋然性説に対して加えた攻撃は、決してその本質をついたものではなく、単に、このような蓋然性の程度の不確実な点に向けられたものであつたが、この点は、刑法に対する訴訟の機能を目的的に構成することにより、解決できるであろう」と説き、蓋然性説への補足的批判を付け足している。

さらに、井上（正）博士は、さらに「すでに克服されたものとされている蓋然性説を心理学的に正當なものとして、奇を銜うものでなく、故意の限界としての未必の故意も歴史の遺した既成概念をもつて、あるいは認容説、或は蓋然性説というように、一方的に、事を律しようとするのが、既に故意学説史の展開に反するものであるのみならず、

理論的にも、それらを超えた或るものこそ、真実の解決でなくてはならないということであり、不破博士もこのことを賢明にも示唆されたものであると信じて疑わない」と論じたうえ、以上述べたことが肯認されるとして、不破博士の引用判例の一部を考察することとする。

まず、不破博士が未必の故意の問題として分類した『行為者はその行為をするに当り、現存する状況に関連して、自己の行為が違法行為なのではないか、という疑念を持つ。それにも拘らずなおその行為を敢てする場合。例・購入物品の赃物たる点に疑問をもちながら敢て之を買い入れる場合』¹⁴はむしろ『むしろ疑問を積極的に否定する特別の資料なきに拘わらず敢て其の行為に出る場合、既に犯罪構成事実の実現を認容するものと解して差し支えないのではあるまいか』¹⁵とされることは、却つて今まで述べてきた不破博士の考え方を立証するものと解し得ないだろうか。さらに、井上（正）博士は「この種の事案については、最近、昭和二三年三月一六日第三小法廷判決に『買受人が売渡人から赃物であることを明らかに告げられた事実がなくても苟も買受物品の性質数量受渡人の属性態度等諸般の事情から或は赃物ではないかとの疑をもちながら之を買受けた事実が認められれば赃物故買罪が成立するものと認めて差支えない』とあるのを比照されたい」とする。そして、ここで、井上（正）博士によれば、彼が主張していることは、不破博士の主張される認容説とは認めがたく、それは、結局赃物たるや否や高度の蓋然性をもちながら、敢て買入の行為に出る場合、未必の故意を肯定しようとする態度に他ならない。勿論、「結果発生に関する不確定な認識は、未必の故意を認めるための一要件たるに過ぎない。重要なのは、其れを如何に考え如何なる態度をとったかという点にある」¹⁶ことは当然であるが、しかし、「購入物品の赃物たる点に疑問を持ちながら敢て之を買い入れる場合」の如き、高度の蓋然性によって行為を抑止することなく、却つて、かかる蓋然性がありながら敢て行為に出るところに、「其れを如何に考えそして如何なる態度をとったかという」ことを判断する契機がひそみ、これによってのみ未必の故意

を認めんとするものであつて、このことは井上(正)博士自身が蓋然性説なるものに加えられたような非難には値するものではないだろうと述べる。

次に井上(正)博士が疑問とするのは、不破博士が、未必の故意と認識ある過失の区別を「通常の場合についてみれば、未必の故意の基調を為すものは、道義を蔑視する利己心であるのに反し、認識ある過失の実体をかたちづくるものは軽率と冒険心である」とする点にある。井上(正)博士によると、ここでは、未必の故意と認識ある過失、ひいては、故意と過失とが、利己心と軽率或は冒険心という、はつきりした概念で区別されているが、利己心なるものは、敢て故意のみの実体を形成するものではなく、過失も、此の種の概念で一義的に割り切ろうとすれば、亦利己心に基づくものと考えざるを得ないということである。即ち、広い意味で不破博士の考えられる利己心はすべての責任非難の基盤であろう。又、他方、軽率や冒険心も過失責任に常には考えられ得ないのであるまいか。不破博士が正当にも主張される、故意の亜型としての違法の認識に過失ある場合を考えれば、故意にも軽率や冒険心は認められなくてはならない。それ故、故意の基調を利己心として、過失の実体を軽率や冒険心として理解することは、不破博士が「故意過失に共通する責任要素を：利己心に満ち、他人や社会生活の平穩を氣にけることなく、法秩序を尊重しない意識・無意識の心構え」として、故意及び過失との間に、正当にも本質的差異の存することを否定する態度と矛盾するものではあるまいか。この点、不破博士は否定されるにわかかわらず、故意の本質の把握には、エクスマナーが、法益侵害に対して無関心なる点を重要視していることは、看過し得ざるものがあると井上(正)博士は考える。さらに、井上(正)博士は、不破博士が「結果の発生を認容する場合に未必の故意の認められるという所以は：其れが法秩序に敵対する行為者人格の権限として評価せられる点に、重要な意味がある。従つて、結果発生に關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、其の責任を判断するに當つて十分の警戒を必要と

するであろう」とし、或は「結果の発生を認容せざる場合に故意を否定する所以は、結果の発生を認容せざる事が倫理的に肯定される態度」であるとして、倫理的判断を基礎におかれる、と指摘しつつ、しかし、「この倫理判断とすることは法的判断と如何なる関連をもつものであろうか、十分理解し得ざるものがある」と疑問を呈する。この点に關し、グロスマンが、ヒッペルの認容説を攻撃して、それは Strichner の判断ではなく、Stirnicher の判断であるとする事と考えあわせ、ヒッペルの性格責任論とは異なつて、人格責任論に立脚する不破博士からは、尚更、十分なる説明を期待すべきであつたとする事は、無理な事であらうか、として、以下では不破博士の「刑事責任の基調」と行為者人格との関連について、考察を進める。

井上(正)博士は不破博士は、行為者人格と刑事責任との關係を次のように明白にされたと述べる。即ち、「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為したが故に外ならない。即ち、その行為は其の人格の必然的なほとばしりである。」と考へられるからなのである。」としつつ、しかも性格責任論と異なる所以を、「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：犯罪行為は既に述ぶるが如く、行為者の人格により密接にうらうちされたもの(行為の人格相当性)でなければならぬのであるが、それはあくまでうらうちであつて、いわば間接的な事柄であるといつてよい」とする点に求められた、として井上(正)博士自身も刑事責任を行為者人格を中核として考へようとする態度に深く共感するのであり、ここに不破、井上(正)両博士が、基本的に同一の人格責任論に立脚することを確認し得るのである。しかし、井上(正)博士は、刑事責任を問題とする際、上記のような「行為の人格相当性」が、考へられなくてはならないことは、人間は瞬間瞬間に突飛な行為をするものではなく、常に「統一」ある「構造」からのみ、行為は理解さ

れなくてはならないところから当然のことではあるまいか（ヴントの要素心理学の否定の上に成立する構造心理学を考えよ）とし、「それは、同義反復にも等しい自明のことであろう」と述べたうえ、「若しこの当然のことがいわれるに止まるなら、人格責任論なるものを事新しく考える必要は全くないであろう。人格責任論から一体どんな結論がみちびき出されるか。行為と行為者人格との関係が何とか考え出されたにしても論理必然的に特定の結論を決定的にわりきることはできないであろう。そこでは、責任非難の対象は行為であるとも考え得ようし、或るは行為者であるとか、或るは第三の道として行為者行為者の全体であるとか、勝手に導き出せるにすぎない。しかし、人格責任論が新しく擡頭してきた所以は、このような当然のこと自明のことを考えようとするものではなく、そこには法的に看過し得ざる意義が存するはずである。言い換えれば、後述の如く、「統一」ある「構造」としての人格は素質的環境的なる諸要素の複合体であり、刑事責任において行為が問題になる際、行為を行為たらしめるものの因果的考察が、素質的なものまで訴求することは許されず、行為者人格で止まらざるを得ないところに、『法的意義での人格』が論理必然的に考えられる所以があるのである」と論じる。刑事責任を論じるに際し、行為の背後の要素として素質では不当であり『法的意義での』人格を必要とするという考え方が、人格責任論の登場を必然とした、という見解は、さらになぜ「法的意義での人格」を必要とするのかという疑問を起すが、井上（正）博士は、更に論じる。すなわち、『法的意義での人格』ということについては、人格責任論をとなえる多くの論者においてもその認識が全く不十分ならざるものがあるのではあるまいか。勿論、それは、行為者人格を法秩序に關係せしめて、「法秩序を尊重しない意識・無意識の心構」として考察することもできるであろうが、そこには刑事責任において行為者人格の持つ法的意義の必然性はなんら示されていない」と説いたうえで井上（正）博士は独自の人格責任論を展開する。すなわち、「この点については、客観的法秩序の構成を認識し、ここから『法的意義での人格』を把握することによりはじめて可能

になるのではないかと考える。この客観的法秩序は一方ではメツガーの如く法の内容たる「何ものか」を評価するとともに―その意味では法の構成的原理として―他方、法をして法たらしむる妥当根拠―その意味では法の規範原理として―考えられるものである。この構成的規範的原理としての客観的法秩序の構成主体こそ、ここにいう『法的意義での人格』と考えられるものに他ならない。さらに、以上のことを敷衍して井上(正)博士は次のように論じる。すなわち、「このことは、次のように理解する必要がある。われわれが法秩序の構造を省察するには、現にある法としての実定法と具体的な特殊歴史的基盤の上に事実としてありうる法との複合的論理構造こそ重要なものであつて、このありうる法こそ客観的法秩序の中核たるものである。このありうる法は、決して所与として存在するものではなく、その構成主体の激しい実践のさ中からのみ生ずるものであり、その意味では、極めて流動的発展的なものである。このあり得る法をわたくしは『当為的社会意識』とよぶ。当為に対してこれを蔑視したり又これに無関心であれば、規範的に客観的法秩序の成立存続を危殆ならしむるのみならずこれを侵害する結果をも招来する。まことに、『法はその妥当性において法的共同体構成員である人間に依存している。法肯定的意思情操の脱落は法の脱落である。』それ故、客観的法秩序がその構成主体に課する「当為形成」の要請は、今問題としている『法的意義での人格』構造の本質でなければならない。そこで、責任非難の対象としての行為者人格は、元の意味とは離れるが、グリーンフートのいう『行為者の性格であり、その努力の基本的法則性である。』それ故、『行為者に対し、決定的瞬間においてなお他の行為を期待しうべしとなすことは、…其れは全く他の人格を期待することに外ならぬのである。』が、『而も吾々が行為につき行為者を非難し得る所以は、実に行為者が倫理実践の主体であり、生きた自由なる人格に他ならない』としても、この倫理実践の主体の人格構造は、法的意義に於いては「當為形成」の人格で在り、ひいては犯罪者の人格構造は『平素から積み重ねられた當為に無関心な心構であつて、いわば、反規範的傾向性に他ならない。』即ち、

客観的法秩序の主体的存在を自ら否定することであつて、これを義務違反として人格的に非難せんとするものではないか。この義務違反にこそ、人格責任論のもつ、本来の意義が存するとともに、行為者に対する非難を、主観主義の考える人格責任論とは異なつて行為者人格以上に遡及せしめない所以があるのである。」と論じる。井上(正)博士と不破博士との人格責任論の特徴は犯罪行為に対する非難の基本構造を「行為の人格相当性」及び「人格の社会相当性」にからせる人格論的責任とし、非難の理由を客観的法秩序に基礎づけられる当為形成義務違反に求める点に特色があるといえよう。

次に、井上(正)博士は、不破博士の「刑事責任論」第三章の過失論⁽²⁴⁾の考察に進む。不破博士は、ここにおいても「未必の故意」に於ける場合と同じく、「過失も亦故意と並んで責任条件の一として行為者人格に牽連するところ深きものたる所以⁽²⁵⁾」を明白にせんとして、過失の本質を、「非難は専ら通常要求せられる義務を懈怠した点に向けられるのである。∴当該注意義務が真実十分に獲得せられ機宜に応じて適当な処置を講じ得るが如き心構乃至姿態構造(haltungsgestige)にあればまたそれをもつて足りるのであつて、斯くの如き意識、無意識の状態に於ける注意義務の遵守は、結局に於いてその行為者の平常における注意義務の心掛けによつて涵養されたものであること∴即ち意識、無意識の注意義務の遵守は究極に於いてその行為者の意識構造の在り方の問題に帰する。従つて、不注意に何事かが行われたということは、それは直接に行為者の人格と密接な関連をもつものといふことを得るのである⁽²⁶⁾」という点に求められる。故意犯に引き続いて、過失犯においてもこの義務違反にこそ、人格責任論のもつ、本来の意義が存するとともに、行為者に対する非難を、行為と人格の密接な関連性に帰せしめる。と考えるわけで、井上(正)博士と不破博士との人格責任論の特徴は犯罪行為に対する非難の基本構造を「行為の人格相当性」及び「人格の社会相当性」

にかからせる人格論的責任とし、非難の理由を客観的法秩序に基礎づけられる当為形成義務違反に求める点にあるといえよう。

それゆえ、過失の本質に関する十分なる理解さえあれば、不破博士のいわれる如く「重大な事故の発生した際に、強いて責任者ないし犠牲者を求むること急にして、常識を超越した過酷なる注意義務を要求するに至るが如きは、過失の本質を理解せざる誤った態度である」し、又「一般に過失犯殊に過失致死罪の法定刑が不権衡に軽く規定されていることは、何としても現行法の重大な欠陥といわざるを得ない」こと勿論である。更には「過失も罰せられると解することによつて、何となく被告に対し結果責任にちかきものを帰せしめ得るが如く理解せられるならば、之は大なるあやまりである。」それ故、『刑法第三八条第一項の『特別の規定』とは必ず明文によつて例外を規定する場合でなければならぬ』のであつて、「唯、取締目的の目的を強調して曖昧な標準により処罰を規定せられざる過失犯の場合（そしてそれはおそらくは立法者の思いもよらなかつたことであろう）にまで拡張するのは、罪刑法定主義の蹂躪である」ことは全く正当であらう。

さらに、井上（正）博士は以下のように続ける。すなわち、「惟うに、従来、過失を責任形式として考究するにも、ローマ法の故意概念に影響されて、過失の本質を常に意思責任として省察する態度は容易にぬけきらないものがあつた。この点、不破博士が人格責任論に立脚して、到底維持できない意思責任としての過失を捨て、行為者人格と密接に関連せしめてその本質を探究されたことは大きな功績であることを否定すべくもない。特にその結論として、不破博士が、検察官、裁判官の過失犯罪に対する態度乃至は学界の無反省な通説に対し攻撃された非難は、これを肯定す

るにいささかも疑問の余地が存しないものであろう。」しかし、井上(正)博士は、不破博士が、「過失行為者の人格構造が、当該注意義務者を真実十分に体得して機宜に応じ適当な処置を講じ得るが如き心構乃至姿態構造でなかったとしても、実際の取扱いでは、平素から積み重ねられた「違法なる不注意」が犯罪とせらるにとどまり、過失致死、過失傷害というが如く、具体的に他人の生命或るは身体と関連した過失犯罪は考え得ないことになる。その点に関して、不破博士が、『固より漠然たる法益侵害の回避というが如きものではあり得ないのであって、必ず具体的内容を持つ』とされても、その内容は、『注意して行為すべし』という単に意思の緊張を本質とする内的態度が要求されるに過ぎずして、そこから発生する具体的結果とは関係のないものであることは明瞭である。」と、説く点を指摘する。

この点、井上(正)博士も、不破博士にならつて、過失非難の本質を、当為に無関心な人格構造に求めつつ、結果との間の具体的連関を、エクスナーの反対にかかわらず「結果の予見可能性」に求め得るのではないかと考える。過失の本質を注意義務の違反に求める学説の中でも、ガイブ、オルトロッフ、ヴァーベルグ等は、結果の不予見ということを重視したのであるが、その意図は、単に注意義務の内容を確定せんとするに止っているが、この予見可能性こそ危殆犯としての過失を結果に従つて具体化し得る契機が潜むと考える。即ち、過失犯とは、平素から当為に無関心なる心構が行為の決定的瞬間、結果発生の際に危険性を認識し得たはずである。つまり、井上(正)博士は、「形成」的人格構造にあつたならば、容易に結果発生の際に危険性を認識し得たはずである。つまり、井上(正)博士は、過失の非難可能性を根拠づけるものは「法秩序を尊重しない意識・無意識の心構」と解すべきであり、こうして、行為の人格相当性がみちびかれ、「行為者が当該注意義務(予見義務)を怠つたから結果が発生した」として人格の社会的不相当性を基礎づけ、性格論的責任観に立脚した過失論を論じる。

3 日沖憲郎博士の研究

日沖博士は、「行為者責任」という昭和一八年の論稿¹⁾で、戦前のドイツ刑法学者メツガー (Mezger) からボツケルマン (Bockelmann) への行為者責任思想系譜を分析したうえで、自説の行為者責任の基礎を、ボツケルマンの説く心情頹落論に求める立場を優れているとした点で戦後の人格責任論を代表する団藤説と異なる議論を展開している。この論稿を検討しておきたい。

まず、日沖博士は従来から多くの人々が疑問に感じていたであろう素朴な疑問を投じる。「累犯者は、罪を重ねるほど悪に対する抵抗力が弱まって行くに拘わらず、累犯が刑罰減輕事由であるとされずに却って刑罰加重事由であるのは何ゆゑであるか。乃至はまた常習者にあつては行為の反対動機が通常の場合に比して弱く働いている筈なのに刑罰減輕事由としてではなしに逆に刑罰加重事由として認められているのはいかなる根拠においてなのか²⁾」。日沖博士は、この自問に対して、累犯性ないし常習性をもって、行為者の社会的危険性を徴表するものとする、近代学派の立場に立つ限り常習犯・累犯の刑罰加重根拠の理解は比較的容易であろう、とするが、およそ刑罰は責任を前提とし、非難可能性を予想するものの、既述の通り、累犯者・常習者の行為を単に行為自体として取り上げれば、むしろ責任は軽減されるべき筋合いであるから、累犯加重・常習犯加重の基礎づけには、もはや行為そのものにとどまることはゆるされず、行為者の全人格との関連のもとに評価すべき必要が生じてくる、と行為者責任を認めるべき必要性を端的に論じるのだ。行為責任は、刑法学で最優先で守られるべき価値なので、行為責任のみを堅持すべきだという議論は、日沖博士には自明のことではない。刑法解釈論上不都合をきたすのであれば、行為者責任を認めるにやぶさか

はないという基本的態度である。

すなわち、「従来の刑法体系乃至刑法理論は専ら行為を中核とするものであった。このことは既に刑罰法規そのものが例えば『人を殺したる者』はこれこれの刑に処すという風に規定して、その者が何者であるかについては原則的に無関心を示してゐることによつて知られる。いわば法規は行為者の人格を抽象しているのである。かやうに、刑罰賦課の条件が、専ら個々の作為または不作為に懸かつてゐる場合を行為刑 (Tatbest.) と称するならば、従来の刑法理論は主としてこの行為刑を中心に展開されたものであるといつてよい。これに対して新たに登場し來つた所謂行為者刑 (Täterstrafe) なるものは刑罰賦課の条件をもつて行為者の人格に懸からしめるものであるといふことができる」と説き、さらに「かうした『行為者』の理論的意義を初めて認識し、且つ展開したのは、ヴォルフの『行為者の本質について』であるとされてゐるが、さらにこれについて専らこれを一面的に現象学的方法において論じたものとしてケンペルマンがある。その後相繼いで現れた文献は今これを挙ぐる暇がないが、ダームのこの問題に関する種々の論策は固よりこれを逸すべきではなからう。それは特に行為者刑の思想から包括的に新たな行為者定型論を樹立しようとする努力の跡を示すものである」と日沖博士は論じる。

そして、このような行為者定型を認める場合、問題は、行為者刑における責任を基礎づけるにある。つまり、行為者定型を認めることは、それが責任論といかなる関係にあるかという吟味にとどまる。つまり、行為者が存在するということは、未だに行為者の責任の有無を解決するものではないからであり、それは、伝統的刑法理論に於いて違法行為の存在が聊かもその責任を肯定するものでないのと同断でなければならぬ。

だから、行為定型および行為刑がその責任面をもつと同様に、行為者定型および行為者刑も独自の責任面を有すべきことが要請されるわけだが、日沖博士によると、ドイツでは、この点の詳細な研究を行った者としてメツガーを、

行為者責任の本質を省察したものととしてポツケルマンを挙げ得るのみだとする。

まず、日沖博士はメツガーの議論を考察する。すなわち、メツガーの教科書によれば、そこで説かれる責任は、通説と同様にすべて個別行為責任 (Einzel-Tat-Schuld) である、とされる。このことは、ドイツ刑法第二六条第二項の解釈から現行法上、疑いなきものとされており、それゆえメツガーは、責任判断を直接に行行為者の性格および人格に關係づける試みをもって現行法と相容れぬものとする。が、責任論から完全に性格および人格を駆逐するのではなく、責任判断は間接に行行為者の性格および人格に關係するものであることを強調することによってむしろこれを重視したのである。

つまり、それがメツガーの「性格論的責任観」と称される見解である。「責任判断の対象はいかにも行為でなければならぬが、それは行為者の性格との関連における行為であり、その人格の表現としての行為」なのである。

しかるに、その後メツガーはドイツ刑法第二〇条 a および第五一条第二項の制定に關連して自説をさらに発展乃至転回することになった。日沖博士は、以下においてこの点をわかりやすく説明する。

まず、メツガーは、新説においても旧説同様に、責任はまず行為責任たるべきことを主張する。行為責任は、メツガーにとって刑法の大黒柱であることを日沖博士はくりかえし強調する。メツガーの新説が理論的に行為責任に代えて性格責任・人格責任を第一次的な要素へと価値的に変革せしめる議論と誤解させないように論述していることがわかる。だがしかし、行為責任を墨守する限り、ドイツ刑法第二〇条 a および第五一条第二項という二個の法条に規定された刑罰を基礎付けることはできない。なぜならば、この場合刑罰は、個別行為に關係づけられているのではなく、行為者の性格論的人格に關係づけられているからである。

第一に、ドイツ刑法第二〇条 a は、ある特定個別行為の刑罰を加重するのであるが、この刑罰の加重は当該行為の

特殊な事情に基づくものではなく、加重の根拠はむしろ行為者の特性、すなわち彼が危険なる常習犯人であるという点にある。しかも、この行為者の特性なるものは判決の直接の対象となる犯罪行為のうちに見出されるべきではない。それにはさらに他の二個の行為を必要とするのであって、これらの三個の行為の全体的評価がはじめて行為者の危険なる常習犯人であることを正当付けるのである。そうして、このことがすでに個別行為の限界を超えるものであることは明らかである。

第二に、第五条第二項は限定責任能力者に対する刑罰を緩和せずして、却つてこれを高めさえする可能性を与えている。これもまた、個別行為に關係づけられた責任判断からは、理解しがたい。およそ、責任は行為が避け得られやすければやすいほど益々重く、避け得られ難いほど、益々軽かるべき道理である。しかし、限定責任能力者にあつては、責任能力を欠くがゆえに行為は正常者に比して避け得られ難いものといわなければならないにもかかわらず、限定責任能力者を重く処罰しうる根拠は、これを行為責任の外に認めざるを得なことを示すものである、と行為責任が基本なのにそれだけでは説明できない実体法上の条文がある以上、もはや行為責任にのみしがみつくと、という守株的態度はとりえないはずだ、という議論は確かに説得力があるといえよう。

そこで、メツガーはどう対応したのか。日沖博士は、以下のようにメツガーによる新たな責任理論の構築について、説明する。

『責任なければ刑罰なし』という刑法の原則を貫きつつ、しかも上述の場合に刑罰を基礎づけ得るためには、今や我々は眼を行為から転じて行為者に向けなければならない。すなわち、メツガーは旧説において性格及び人格は間接に責任に關係づけられるとしたのを発展ないし転向して行為者がその性格論的人格に対して「何事かを能う」(Glatz kam)、従つて、そこに非難が下されるところにさらに別種の責任を認めるに至つたのである。

別種の責任とは何か。それが、有名な「行状責任」(Lebensführungsschuld)のことであるが、日沖博士は以下のよう
うに丁寧に説明する。

つまり、行為者の「斯く在ること」(So-Sein)が、「みづからの責任によって斯く成って在ること」(durch eigene Schuld So-Geworden-Sein)を意味する場合、行為者の行状 (Lebensführung) が自身みづからを頹落せしめた場合にも
また責任が存するのであり、責任はこのように必ずしも個別行為責任であることを要せず、それは時としては行為者
責任たりうる。

注意を要するのは、性格ないし人格が構成要件該当の違法行為を生み出したことが行為者責任ではなく、その
行状が反道徳的なもしくは危険な性格を獲得せしめることが行為者責任なのである。

日沖博士は、以下のようにこのメツガーの議論を解説している。「いうまでもなく、このことはまたその半面行為
者の性格論的人格がその行状の結果でない場合には、何らの刑法上の責任を認むべからざることを意味する。たとい、
その人格的要素が反社会的危険性を具へてゐるにしても、それが有責に獲得されたものでなく、運命によって已むこ
とを得ず負わされたものであったとしたら、決して責任を基礎づけるものではない。かの遺伝された素質のごときは
行為者責任とは何の関りもない。責任は断じて傾性責任 (Dispositionsschuld) たりえない」。

次に、日沖博士は、ポッケルマンによるメツガーの所説に対する全面的批評を紹介する。ポッケルマンは、行為者
に対して加えられる非難が行為者の平素の行状全体に該るものであるとしたら、その非難たるやそれ自体を単独に取
り上げただけでは何ら非難の余地なく、従つて非価値判断に値しないような無数の行為にも及ばなければならない。
たとえば、適量を超えないアルコールの飲用もまさしく当該の行為者の特性によっては道徳的抵抗力の破壊(危険な
性格の獲得)を齎し得るのであるから、このような適量のアルコールの飲料もとりもなおさず行為者の行状に属する

ことになり、従つて非難の対象となることになる。しかし、非難の対象となる行状の範囲をそこまで広げるならば、行為者その素質について責める（性格責任）とほとんど異なるところがなくなるであらう。何人といえども徹頭徹尾悪人として生きるものではない。⁹⁾ それにも拘らず平素の行状の全部に亙つて非難するというのは意味をなさぬしなればならぬとする。

日沖博士は、上述の議論に対する反論をエクスナー (Exner) の議論を引用して試みる。すなわち、メツガーの意味する非難は行状自体ではなしにその結果にあたるものであり、この結果の社会侵害性からして、これに導いた過程の非価値的性格を推論し得るとするのである。つまり、構成要件に該当する違法行為が法益侵害結果を招いているわけだが、行為者の行状は、刻々と法益侵害の危険をもたらすような危険な性格を形成させ続けており、無味無臭の行状を非難をしているわけではないとするのであらう。さらに、エクスナーはいう。「そもそも、行為者の性格は一般に如何に形成されるかといえは、行為者は、行為者にとって自然的に与えられている素質に及ぼすところの影響を通してのみ性格形成力をもつし、逆にまた生来の素質は人間の個々の行状に影響を与えるので、行為者の人格退化は如何なる場合にもひとりその行状によつてのみ条件づけられているわけではなく、そこには遺伝された素質もまた常に一要素をなしているわけである。だから、行状非難が性格非難と同一視されるのは、人格退化の本質上ある程度やむをえないとするのであらう。¹⁰⁾

ポッケルマンによると、以上のことから次の結論を生じる。すなわち、有責なる行状という規準からしては、行為者その頽落に対して、「何事かを能ふ」場合と何等の責任をも負っていない場合とを区別することは困難である。それにもかかわらず、この規準を行為者の全人格に適用するとすれば、それは犯罪者にとって素質的に与えられており、それゆえ彼の左右しえない性格に対して刑法上の非難を浴びせることになる。蓋し、行為者の人間像は行状と素

質との共同作業からなりたっているものではなく、行為者の人間像が、行状と素質の単なる数量的な組み合わせならば、その一方を差し引くことも可能であろう。だがしかし、行為者の人間像は行状と素質との交互作用によってはじめて成立するのであり、行状と素質とは、相互に条件づけあっている二つの部分の全体であり、その一方を取り去ることは全くの別物になることを意味する。

こうしてメツガーの行状責任論はみづから提起した課題を果たし得ないことが判明する。行状責任論は行為者の性格中に自然的に与えられている素質から解放された行状を行為者責任概念に与えようとするのであるが、この説はその対象を犯罪者の人格像から切り取られた断片に限ることによって、これを果たそうとするが、それでは行為者がその行為者であることに対して全面的に責任を負う所以のもの（交互作用によって一体化している行状と素質）はこれを基礎づけることができない。⁽¹¹⁾

日沖博士は、ポッケルマンの論述、すなわち、メツガーの行状責任論が満足すべき結果に到達しなかつた理由をさらに検討する。ポッケルマンの見解によると、それはメツガーの理論が真に自然主義の立場から全く脱却していない点にあるという。

なぜならば、「そもそも責任は自由を前提とし、しかも自由は断じて自然的に経験し得る世界の領域に見出され得るものではない。これに対して、行為者の責任をその行状に認めようというのはまさしくこの世界に責任（自由）を見出そうとするものである。

なぜなら、行状に支配されるのは、あくまでも自然的行為者であり、その身体的・心的特殊相における人間にほかならない。これを因果的生起の外部的世界における過程として、事実としてのみ観察する限りにおいては、真の責任は到底発見しえない。⁽¹²⁾ 責任の本質はあくまでこの世界の彼岸に探求せるべきもの」とし、さらにポッケルマンは、メ

ツガーの行状責任が現行法の法規と一致し得るかを検討して一致しない所以を論じる。その主張内容は以下の通りである。すなわち、「メツガーは自説の展開に当り、専らドイツ刑法第二〇条 a 及び第五一条第二項に依拠しているだけであり、その他の規定を顧みていないので、果たして行状責任論が前記二箇条以外の場合にも妥当するかを吟味する必要がある」というわけである。

そもそも行状責任の対象については、行為者は漸次的に發展した経過によつて犯罪者の人格になるに至つたものであり、その反社会的存在への移行は間断なき類落のうちに成立するものであるという思想が潜んでいる。しかるに法規は必ずしもこのような行為者の定型のみを認めているばかりではない。忽ちにして且唯一回の行為によつてこのよ
うな行為者に墮する場合のあることをも予想している。その一例は営業犯である。たとえば、はじめて贓物を買
い受けた者がこれから先もこのような営業を続けようと決意した場合には、その決意が絶えず増大しつづつた道徳的類
落の結果であると、またまた誘惑とか経済上の窮乏とかに駆られて忽ちのうちに決心されたものであると問わず、
同じく營業的贓物讓受犯人である。通説もまた營業性は、唯一個の行為のうちにも既にこれを確定し得るといふ立場
をとつてゐる。

更になお累犯者についてさえも一般的にこのことがいえる。累犯性犯罪者たるには何も彼が漸次的にそうなつたこ
とを予想するものでない。その最初の行為が發展しつづつた類落の結果を現わしているのではなくて、彼の真実の
本性の発見、墮落した生涯への最初にしてしかも既に決定的な一步を意味している場合がある。すべて、このよう
な場合に於ては、行為者のこうなることが誤れる行状の結果であるとはいえない。彼は忽ちにして正しい存在から正
しからざる存在に転落したものである。それにも拘らず、その責任を行状責任として説くことはいかにも失当たるを
免れないとポツケルマンは論じてゐる。¹³⁾

ポツケルマンは、メツガーの所説を以上のように反駁した上で以下の通り、自己の積極的見解を展開する。¹⁵⁾
すなわち、ポツケルマンの論ずるところは以下の通りである。

「純然たる行為者」なる表象が法規に添わないものであり、むしろ自身みづからを行為者となしたところの者がはじめて行為者であるとすれば、そのことは行為者の人格が相矛盾していること、すなわち、二つの心によって支配されているものであることを前提している。行為者のうちには犯罪への素質、傾向があるが、そのうちにはまた善への素質がある。そして法の要求は法に適った素質に従い、法に背いた精神を抑えることを行為者に対して命じている。行為者の責任は彼がこの要求を満足せしめないで、謬った道を選び、その悪しき自己をして勝たしめ、暗い悪魔に身を委ねる点にある。この屈従、この転落は行為者が悪事をなすばかりでなく、またみづからを悪人になすところの所業である。これが心情類落 (Gesinnungsverfall) であり、これとともに彼は「行為者」となる。しかもこの過程は単なる行為責任に導く場合と甚だ相似している。すなわち、それは誘惑に対する屈服を意味する。しかしながら、行為者責任の場合にあつては、決定的に謬った道程を踏もうとする誘惑に陥るのである。前者にあつては、再びせず (nicht wieder) という改心と慰めとがあるが、後者にあつては「余は悪人になろうと決心した」というシェイクスピア史劇の「リチャード三世」の計画がある。この決断こそが行為者責任を基礎づけるのである。¹⁶⁾

だが、悪人たらんとする意思は唯一回の決意によってのみ現れることを必要とせず、それは、徐々に熟し、反復された個別行為のうちに試されることもある。この場合には行為者は漸次的類落の姿を示すものであるが、一方人間は或る瞬間から正しい道程を見失つて犯罪的生涯に転落することもあるのであつて、この場合も彼は同じく(行為者責任の基礎たる)「行為者」なのである。個々の行為を超えている悪へのこうした傾向が行為者責任を基礎づけるものだとするならば、行為者責任の本質はメツガーの主張するような謬れる行状にあるのではなく、謬れる生活決断

(Lebensentscheidung) にあるものとしなければならない。こうしてポツケルマンはメツガーの行状責任論と異なり、自説をもって突然の心情頹落にも且また徐々の心情頹落にも当て嵌まるものであることを自負する。それでは、上記の心情頹落への非難をポツケルマンはどのように基礎づけるのか。

ポツケルマンは、行為責任も行為者責任も責任の本質をなす非難は自由を前提とする。そして、個人に対して国家の秩序に合し、その規範に従い、その命令を守ることを要求する以上、因果論の妥当性という認識批判的立場が維持できるか否かは、国家のゆえに関心の外に置かれることになる。このことたるや、実践的には裁判官の前において行為者は因果律を援用して、一切の生起の自然法則的な必然性をもって、自己の行為を説明し、かくして責任を免れ得ないことを意味する。また理論的には共同体の命令に服従すべき自由が国家必然的に擬制されていることを意味する¹⁶。国家必然的にとりうるのは、この自由の擬制がなければ、人間に対する法的要求は提起され得ず、且つまたこれなくしてはおよそ共同体生活そのものが存立しえないが故である。ポツケルマンによれば、この自由の擬制のうちに共同体生活の正当付けが存し、さらにその上に責任判断の可能性があるということになるのである。だが、ポツケルマンが立脚する「因果論」に影響を及ぼしたコールラウシュ (Kohlrausch) は、単に行為責任の分野においてのみ、国家必然性ということ論じたにとどまり、「汝為すべきがゆえになし能う」なる命題を定立したが、固よりこれは行為者の行為について妥当するもので、この方式によって確立されたのは行為責任の可能性のみである。

しかし、ポツケルマンはさらにこの命題を犯罪者の存在にも及ぼし得ると考えるわけである。すなわち、ポツケルマンは「汝あるべきがゆえに他者で在り得る」なる命題を立て、これをもって国家必然的であり且また法意識乃至法感情に合致しうるものであるとするのだ。ポツケルマンは国家必然性の議論を行為者責任にも及ぼし得るか、という問題に対しては、法規がこれを肯認している以上、これをもって十分の解答であるとす。法規が単なる行為禁止の

みでは共同体生活の規律に事足らずして、共同体成員の人間的存在、性格について規定を設けているのは、国家が取りも直さずこのことをもって必要なりと認めた証左であるとしなければならない。次に、人間には行為者責任の前提としての他行為者可能性を肯定し得るか、という問題も結局肯定せらるべきであると説く。けだし、悪人が自己の努力によつて善人となり得、善人が自己の働きのよつて悪人となり得るということは、あたかも人間が個々の場合に正しい或は正しからざる行為を自由に決意し得ることと同様に社会生活の不可欠の前提をなすからである。ただし、この場合、悪しき存在はその結果が自己の所業の結果であるときに限つて帰責せられ得べきものであることは勿論である。何人と雖も徹頭徹尾且つ最初から「行為者」として観察され且つ取り扱われるべきではなく、こうなるには必ずや自己の所為を必要とする。しかもこの点は既にメツガーの行状責任論もこれを認めたところであつて、ここではさらに唯改めてその確証を見出したに過ぎぬものと論じている¹⁷。さて、このくだりでは、ポツケルマンの謬れる生活決断のなかにかれのいう「所業」「所為」が含まれるかが疑問であろう。私としては、この部分におけるポツケルマンの言葉の使い方からすると、ポツケルマンのいわゆる「生活決断」とメツガーのいう「行状」の違いがあいまいではないかという疑問が残るが、次にメツガーによるポツケルマンの議論に対する批判的検討を見てゆきたい。

メツガーは、上述したポツケルマンの論証の妥当性を疑問視している。メツガーによると、ポツケルマンが経験界における「因果論」を主張するのは、行為者責任の自然主義的基礎づけの克服にまさしく矛盾するものであるとの批判を免れない。

メツガーによると、ポツケルマンが「因果論」の上に立つて倫理的・法的当為を単なる擬制に過ぎないと主張するのは、明らかな謬りである。メツガーは「我々にとつては因果性の世界に対し当為の創造的目標設定の、目標決定の

世界は独立したものであり、自己法則的なものである。それは、何らの擬制でもなく、厳密な意味における現実であり、存在するところの或るもの、現象の世界に働くところの或るものなのである。これがおよそ働き能う限りにおいて、このことは行為問題であり、そこに責任の有無が問われることになる。なぜならば、責任は、それが行為責任たると行為者責任たるとを論ぜず、常に唯行為者がその「斯く行為すること」(So-Handln) ならびにその「斯くあること」(So-Sein) に対し、「何事かを能う」(etwas kann) 限りにおいてのみ存するものであるからである。」と述べているが、日沖博士は、これに対して、そもそも、自由は、ポツケルマンの説くように単なる擬制にすぎないか、それともメツガーの主張するように果して實在するものであるか。我々は今のところこの至難な自由意思論に深入りする必要はない。ただし、この両者は行為者責任を認めるに当り自由を前提すべきことについては完全な意見の一致を見ているからである、とコメントしている。

そして、ここでのいう自由とは、あくまで行為の自由を指すものでなくてはならず、「能う」(können) とは「なし能う」(un-können) のである。おおよそ、人間的存在に非難を加え得るのは、この存在が所為の結果である場合に限りされている。こうして、メツガーの行状責任論を反駁したポツケルマン自身も、メツガーが自由な行為を予想する行状責任によって行為者責任を基礎づけた功績を認めているのであって、この点においても両者はほとんど同一の立場に立つものとなし得よう。¹⁸⁾

すなわち、日沖博士の考察結果によると、メツガーもポツケルマンも個別行為責任を超えたより重い行為者責任に對して、有責にみづからを悪人たらしめたことについて非難可能性を予想しているのであり、この非難は行為者が行為者であるが故にはなく、行為者が自由な行為によって行為者になったが故に加えられるのである。しかし、ポツケルマンの主張どおり、行為者が生来備わっている傾向を超越し得ない場合にあっては、行為者責任を認めるべきで

あり、メツガーはこのような謬れる生活決断もまた行為者の左右し得る人格の表現である限り、これによる心情頹落は眞の行状責任であると論じる。だがしかし、日沖博士は、行状責任という表現は、行為者の漸次的な心情頹落を想起せしめる嫌いがあるので、突如の心情頹落を行状責任に含ませることは用語の当を得たものではなく、ポツケルマンの「謬れる生活決断による心情頹落」という用語により行為者責任を基礎づける方が優れている、と最終的に結論付ける。¹⁹⁾

4 井上祐司博士の研究

井上(祐)博士は「決定論と責任の基礎」という論稿を書かれ、責任の基礎という理論的にも実践的にも重要な刑法の基礎理論について考察を行う。

そして、そこには、三個の論点があると指摘する。すなわち、第一に、問題の本来的領域(選択の自由)環境と性格からの意思決定の自由)をまぎらわしい領域からはつきり區別して問題の周辺を明確にすること、第二に、この本来的問題につき、弁証法の「相互作用」という考え方を、環境と意思過程との意思過程のみならず、性格と意思過程との間にも説き及ぼし、そこから唯物論哲学でいう決定論(「意識は存在によつて決定される」)のもとでも、なお選択の自由(「意識の能動的役割」)が認められることを理解しようとしたこと、第三に、この能動的役割が認められ、そこに決定論のもとでの責任の基礎を据え得るとしても、この解答の及び得る射程を刑事答責性との関連においてはつきりと自覚することである、とこの論稿における三個の論点を示す。¹⁾

まず、井上(祐)博士は、意思自由に関する今日の理論を列挙して、その主張内容を列挙して、問題点を要約する。

(1) 古典派、相対的意思自由論

この理論につき、井上(祐)博士は素質と環境によって決定されつつ、逆に決定してゆく主体性の理論で、觀念論哲学の上に立ちつつも、素質と環境の行為への大きな影響力を認めるが、素質と環境は意思と行為を決定しつくす要素ではなく、一定の範囲で、自由意思による選択の余地を残しているとし、そこに責任の基礎を認めるのであり、哲學的基礎を別とすれば、この論理は、行為主義、責任非難の大きさに応じた刑罰の理論とともに、大きな説得性を持ち、通説的地位を占めていると分析する。この立場は、客観主義刑法理論を採用する学者の共通の前提であるといつてよいが、ただ、この理論は、吾々に直観的に強く訴えるにもかかわらず、「決定されつつ決定する」という構造の複雑さを有し、理論的には必ずしも明快とは言えない、と批判する²⁾。

(2) 近代派、決定論

井上(祐)博士によれば、この理論は、牧野博士により展開され、素質と環境の産物としての行為という理論で、明快だが、機械論的である、との問題が残ることになる。この理論からは、犯罪徴憑説、教育刑、保安処分と刑罰の一元論が導かれ、この理論の固有する個人の自由破壊という危険性を露呈することとなり、社会とか公益という名目のもとに容易に個人の自由が奪われる結果がもたらされる、と批判される³⁾。

(3) マルクシズム法学、法のイデオロギー性の理論

井上(祐)博士によると、この理論は虚偽としての自由の理論ともいわれ、パシュカーニス、ピオントコウスキーの理論の影響が強いとされる。決定論の立場に立ち、意思もまた法則に従うことを認め、選択の自由を否定する、と

説くが、罪刑法定主義あるいは犯罪主義という刑法的諸準則は、近代民主主義国家の基本的理論構成と「孤立した個人」に由来するものであり、法律上は自由な主体と擬制され、自らの理論として、行為主義、非難としての責任、応報刑を説くが、擬制された自由に立つこれらの理論は裸のポリシーの上のみ築かれ、井上(祐)博士は、その理論的な根拠づけが放棄されているのではないかとの疑問を提起する⁴⁾。

(4) 経験主義法学、やわらかな決定論

井上(祐)博士によると、ここでは、意思自由は行為に向けられた物理的強制からの自由であることがだけが自由の唯一の必要にして十分な概念であるとされ、反因果的な自由は否定され、意思の性格(価値体系や規範意識を含めて)や環境による決定性が主張され、刑罰は、観念的応報ではなく、将来同様の行為状況に置かれた場合に現在とは違った動機付けができるようにする功利的目的から、刺激として加えられるものとされる。ただ、ここでは、意思を因果発展の系列上の一因子として認める点がかつての決定論との区別とされ、この意思の契機も単純に因果系列上の通過点としてのみ受け取られる限り、意思は(やわらかな決定論も決定論の一種である以上)先行因子によって決定されているのだから、かつての決定論とそれほどの差異はないとされ、その結果、功利主義的な刑罰観は保安処分一元論に転化する、と説かれる⁵⁾。

(5) ソビエト法学、弁証法的唯物論

井上(祐)博士によると、ソビエトでは答責性の基礎として、機械的唯物論との区別を語る「意識の能動的役割」が指摘され、そこに責任非難に応じた刑罰を説くことから、現象的には観念論哲学の相対的意思自由論と類似の構造

をとるので、相対的意思自由論（一）の立場）と同様の複雑・難解さが残されることとなる、と論じられる。さら井上（祐）博士によれば、「存在によつて意識は決定される」という唯物論の基本的命題との調和という問題が残されているほか、「反デューリング論」でエンゲルスが説いた意思自由の古典的定式「意思の自由とは、事柄（必然）の認識をもつて決意をする能力である」との命題と「意思の能動的役割」や「存在によつて意識は決定される」等の諸命題との関連性も問われなくてはならない、と問題のむずかしさが指摘される。⁽⁶⁾

かくして、意思自由論に関する理論状況を通観したうえ、井上（祐）博士は、近代派や経験主義法学は、自己の体系内での論理の明快さだけを問題にする限り、成功しているが、結論のラジカルさは問題として残る、と評価され、古典派やマルクシズム法学、ソビエト法学は、結論は穩健だが、体系内の論理は必ずしも明快とはいえないと批判され、体系内の論理の反省と整備こそ急務である、として、次款において本来の意思自由論と疑似意思自由論との区別の作業にとりかかる。⁽⁷⁾

すなわち、井上（祐）博士は、前述したエンゲルスの「必然の認識（意識の能動的役割）」としての意思の自由という命題は、行為の自由の問題であるか、責任能力の問題である、と指摘しつつ、エンゲルスの主張した意思自由の問題は必然と自由の弁証法的理解が前提となるとして、吾々の自由とは客観的諸法則（自然と社会の法則、身体的法則、精神に関する法則）を認識し、それを一定の目的実現のために利用する人間の能力にあるとする、といたうえ、さらにこのエンゲルスの命題に二つの内容がある、として、その分析を行う。⁽⁸⁾

その一つは、客観的諸法則を利用しつつ、外界に目的を実現してゆく人間の自由（意識の能動的役割の理論）とい

う問題であるが、これは、従来から社会的自由とか行為の自由と称されてきた、すぐれて文化的、科学的な問題であり、意志内容は、吾々の希望とは別に客観的に作用している法則に従つてのみ外界に実現されうることは何人も承認せざるを得ない以上、責任の基礎としての意思決定が環境や性格から自由であるかというここでの本来的意思自由論という法律上の問題と区別されなくてはならないと結論付けられる。次に、上述の行為の自由を人間の主体的能力の側面に於いてとらえる場合、責任能力の概念内容の一部をなすものとなる、と理解される。つまり、一定の年齢に達し、特別の精神疾患に害されていない通常人は、表象された行為が外界に於いて如何に作用し、いかなる結果を生み、したがって法的に禁止され、又は、命ぜられるものとなるかを理解し、それに基づいて自己の行動を規制することができるし、これは、刑法上責任能力の問題である。もちろん、井上(祐)博士は、刑事責任年齢と精神の正常性を刑罰執行との関係で理論構成する理論が近代派によつて主張されている(刑罰適応能力としての責任能力)ので、それとの関連で判例の理解を含めた実定法の責任能力規定の内容(是非善悪の弁別能力)をみると、意思自由の問題についての一定の立場決定の結論(非決定論)を示しているにすぎず、その問題への根拠(責任の基礎)となるものではない、と述べる。なぜならば、通常の責任能力者は意思過程に於いて事理を認識し理解しそれに基づいて意思決定をなすであろうけれども、その意思決定が彼の環境や性格によつて決定されたものであるならば、そこに自由の契機はなく、賞賛・非難の対象とはなしえないのではないか、という問題は残されたままであるから⁹⁾。さらに、井上(祐)博士は、かかるエンゲルスの「意識の能動的役割の理論」が行為の自由という問題として論じられた側面に關する問題であるという命題の意味は、ヘーゲルの必然と自由の理解に關連して説かれたので、ヘーゲルの理論の検討に移る。

すなわち、ヘーゲルにとつては、物体に重さがあるように、意思には自由が基本的に存在するのであり、精神の特

長は自己決定、自律、自己発展の能力である。そして、ヘーゲルは、自由とは認識された必然であるとしつつ、意思自由について以下のように論じる。すなわち、①自然的意思、②恣意、③理性的意思である。

次に、①②③を各別に検討すると、ヘーゲルによれば①の自然的意思とは、衝動・欲求・傾向のような段階で、ここでは内容的にも形式的にも意思は不自由である。つまり、これらの内容は意思にとって外的必然である衝動・欲求・傾向によって規定されているから不自由であり、また、これらの意思内容の満足への盲目的努力という形式で意思が現れるので、形式的にも不自由だと解される。次に、恣意の段階の意思とは、もろもろの外的必然（具体的経験界からの意思へ影響する内的外的条件）に対して、自らの意思を捨象する能力、諸欲求を意思自らが選択するものとしての意思であり、この段階の意思は、意思による選択という自己決定の面に形式面での意思自由があるが、意志内容が外的必然に規定されている点で、依然として意思は外的必然に服従せしめられているから、内容面での自由はなく、自分自身にとってのみの自由意思といえるが、それゆえに万人には通用しない彼の特異性があらわれ、それゆえ、その意思は真に自由ではないと理解される。最後に理性的意思の段階であるが、これは理性にしたがって行為することであり、具体的に言えば、普遍的な倫理規則や法の要求、その意味で自己の特異性から捨象された一般人の立場で行為する意思であり、恣意における内容と形式との矛盾はここでは統一され、内容的にも形式的にも真に自由な意思であると解釈されている。

井上（祐）博士によれば、ヘーゲルの以上の説明だと、正しい行為のみが自由であるということになる、ということとを考えると、ヘーゲルのいう選択能力が非決定論的見解から説かれていることを推論するのは容易であるが、井上（祐）博士がヘーゲルを取り上げたのは、ヘーゲルの論じている自由―不自由の観念が決定された意思内容の実質面にかからしめられていることを明らかにして、本来的意思自由論の周辺にある一つの問題領域を示さんがためであつ

た。しかし、前述のエンゲルスの命題の意義は、「必然の認識」に自由を見た点にあった。ただ、エンゲルスが必然性の中に理解したのは、客観界の諸法則性であり、直接に法律や倫理の要求（理性の要求）は含まれていなかったが、ヘーゲルの議論では、やはり一般人の行為の格率たる理性に従うことが自由であるとされていた。そしてこのようなヘーゲルの議論をソビエト社会に適用したワチェブスキーは、社会の發展法則（必然）を認識し、それに順応して社会主義建設に積極的に参加している進歩的労働者のみが自由な人間であり、意識における古いものの残滓や社会主義への敵対意識に自己を従属させて犯罪に走り、社会の發展法則に応じた行為をしないから、犯罪者はすべて不自由人である、と説き、ツエレツェリやサモシチェンコにもひきつがれたが、「ヘーゲル主義の修正」と非難された。¹¹⁾

この非難は、犯罪者を不自由とすることは、犯罪者にも意識の能動的役割があることを見落とすとうけとめられたからである。しかし、実はツエレツェリは意識の能動的役割の問題と選択の自由の問題を区別しており、このような意思自由論の中に刑法学と刑事学とが矛盾なく体系づけられていたと井上（祐）博士は積極的に評価する一方で、この意思自由論は、意思決定一般が環境と性格から自由であるか、詰まり如何に意思が決定されたかについては、何も語っていないと批判している。なお、井上（祐）博士は、さらに中山研一博士の所論を検討するが、その内容は要約以下の通りである。すなわち、中山博士はソビエト刑法学が意識の能動性を答責性の基礎に置く点に関して、それも結局に於いて行為者の性格によって決定される以上、自由はないとされ、そこから一転して、中山博士は刑事責任の根拠に関する問題は、一定の社会に於いて犯罪者に対する国家・社会の非難がいかにして、どの程度、道義的説得力を持って正当化され得るかという歴史的・実践的問題であって、人間の意思自由の問題からは、解決できないとされ、当該国家・社会が犯罪の社会的原因の除去や予防にどの程度取り組んでいるか、つまり市民に対して犯罪に至らぬ「自由」をどの程度保障しているかに責任非難の説得力ある正当化がかかっているとされる。¹²⁾これに対して、井上（祐）

博士は、責任非難の道義的説得性は、特定の国家権力や特定の規範内容や、特定の社会的状況に限定せずに論じなくてはならず、中山博士のいう実質的責任関係が現存する国家社会のもとに於いても、規範による社会関係の規律の可能性の問題たる責任の基礎の問題は答えられなくてはならない問題として残されるのであり、意思自由の自然科学的な説明がさしあたり望めないにせよ、不可知論的傾向が非合理主義へ傾斜しないように注意する必要がある、と指摘されている。¹⁴

以上の考察を経て、井上（祐）博士は、人間はその行為に当り環境や性格から自由に、命令の要求に合致しあるいは造反して意思決定をなしうるか、またなしているのかという問題にうつることとなり、①環境と意思過程の相互作用と②性格と意思過程の相互作用との二面に分けて、考察を進める。

①においては、結局、基本的に環境の一次性を認めなくてはならず、それとともに多様な環境のどの側面が主体の意思過程に重要な影響をもつかは、側面の中での比重をしばらく捨象して考えても、専ら主体の内的特長に依存すると結論付ける。②については、意識の能動的役割は、まず、環境が主体の意思過程に影響するに当り、主体の性格に屈折せしめられるという点において、次には性格が意思過程に影響するに当り、その時々外界の特有な環境が意識過程に反映することを通じて性格に反作用を及ぼすという点において現れ、環境の一次性という基本的な姿のなかで、上述の二個の屈折を通じて、一次性は実現されるのであり、ここに命令や規範の要求によつて社会的統制を行おうとする制度の基礎があり、それに違反した場合に責任を問われることの根拠がある。¹⁵そして、このように意識の能動性に責任の基礎があるという命題は、犯罪原因が自由意思にあつて、環境・性格は二次的意味しかないということではなく、むしろ、犯罪原因は一次的には環境にあり、ついで環境のもとに形成されてきた性格がその一次的原因として

の環境を媒介とすることによって原因の一翼をになつていたのであり、意識の能動的役割は偶然の因子にしかすぎず、犯罪行為もそれが物理的強制によらずに主体が「その気になつた」ことよつてのみ実現しえたもので、その意味で意思は原因としての環境・性格が個々の犯罪として実現するための因果の系列の重要なひとこまであることはもちろんであつたが、犯罪原因論のなかでは犯罪的意思決定は原因系列から除外され、責任の基礎論でも重視されない。その理由は、意思自由は、犯罪行為にのみ特有のものではなく、犯罪原因論は意思過程による犯罪阻止（行為主体による人格形成行為）を超えたところで問題が立てられているからである。刑事学では、具体的な犯罪への意思過程より広い領域における犯因性環境・性格の除去が一次的に問題とされているが、犯罪法則の実現には論理必然的に犯罪的意思形成が加わっている以上、意思過程により犯罪が場合により阻止され、あるいは促進されたりするのだから、犯罪現象に法則性があることと意識の能動性とは矛盾しないと井上（祐）博士は論じる。¹⁵⁾

そのうえで、井上（祐）博士は環境・性格と犯罪的意思形成における能動性の契機と責任非難の量を規制する刑事責務の構造について論じておられる、そして、それが団藤説に連なる。¹⁷⁾ すなわち、井上（祐）博士によると、刑事責任は、社会的危険行為を避けるように命じる国家と、それを命じられた国民との間の社会関係と刑事責務との存在を前提とする。刑事責務は各国民の義務意識を通じて担保されるが、義務意識は、各人の性格の重要な一部分であり、義務意識の形成は個人にとつて如何ともし難い要素の作用と同時に、各人の意識的努力によつて形成されるものである。ただ、犯因性環境の整備は、犯罪を犯さぬように国民に要求する国家の側の義務であり、犯因性環境の放置は、国家の怠慢であり国家による国民への犯罪回避の命令はそれだけ権威を失う。¹⁸⁾ ここに環境が国家に対する責任にとつて軽減する一つの理由がある。ただ、犯因性環境の整備は性質上もつぱら国家の責任に属すると目されるが、性格の形成は主として個人責任において要求されよう。すなわち、常習性や危険な精神病質な性格が行為に親和的なほど行

為責任は後退するが、危険な人格形成責任は加重される¹⁹⁾。井上(祐)博士は、責任の基礎を性格や環境に置くことは、環境のコントロールは行為者の義務とはいいたないので、環境が犯罪の原因だった場合、行為者に帰責できないので、環境は責任の基礎にできないが、他方性格は犯因とならないような方向へ行為者により改善的に形成可能なので(意識の能動性、主体的人格形成)人格にも責任の基礎を求める人格責任論の採用が必然的となる。

5 おわりに

人格責任論は、常習犯の重い刑を正当化するために考え出された概念と思われがちだが、本稿で概観した三種の人格責任論の考察によると、人格責任論といっても、不破・井上(正)博士の論じたものは、故意犯・過失犯に対する道義的非難の根拠を法秩序と人格との関連性(人格の社会的相当性)に結び付けることに中核が存したのであり、常習犯重罰規定という実定法の説明を契機にしたものではない。これに対して、日沖博士の人格責任論は、メツガー・ポツケルマンというドイツの研究者の人格責任論をトレースしたもので、どちらかといえば、常習犯重罰の正当化を意識した今日のわれわれが「人格責任論」に抱くイメージのものだが、平素の行状が、常習犯と結びつくことが行為者の「情操頹落」を招くので、常習犯・営業犯などの非難が重いという井上(正)博士の持ち出した「行為の人格相当性」に「情操頹落」を内容とする「人格の社会的相当性」を加えて「人格論的責任観」に立脚するドイツの人格責任論を展開した。最後に井上(祐)博士は、責任の基礎を解明すべく、社会主義刑法を参照しつつ実質的に相対的非決定論に基づく人格責任論を論じ、団藤博士の人格責任論に接近した。こうして、今日では、人格責任論は、団藤博士の説く人格責任論のことに同一視されるような観がある²⁰⁾。

【注】

1

- (1) 大谷実『人格責任論の研究』（慶應通信 昭和四七年）一四一―二五頁。
- (2) 大谷・前掲書（注1）三五頁によると、これは、不破武夫・井上正治両博士の系列に属する理論とされる。
- (3) 大谷・前掲書（注1）三五頁によると、これは、安平政吉博士の方向であるが、本稿の日沖博士の論文が、このような立場であろう。
- (4) 大谷・前掲書（注1）三五頁によると、これは、団藤重光博士の立場であるが、これに近い方向を歩むのは本稿の井上祐司博士である。
- (5) 馬場昭夫「団藤重光博士の学説の検討」（平成一七年）暁星論叢五六号二頁。吉田敏雄『責任概念と責任要素』（成文堂 平成二八年）八七―九一頁。

2

- (1) 井上正治「人格責任論」（朝倉書店 昭和二四年）『法哲学四季報 第二号』一三四―一四二頁。井上正治『刑法総論』（信堂 昭和二四年）一六一―一四九頁。
- (2) 不破武夫『刑事責任論』（清水弘文堂書房 昭和四三年）。
- (3) 井上（正）・前掲書（注1）一三四頁。
- (4) 未必の故意の本質については、表象説に由来する蓋然性説と意思説に由来する認容説とが主張されてきた。前者は、行為者が結果発生の蓋然性が高いものと表象したときが故意、低いものと表象したときは過失とする見解であり、後者は、犯罪事実の実現を認容していた場合が故意、認容のない場合が過失である、と説く見解である（大谷實『刑法講義総論 新版第五版』（成文堂 平成三一年）一五五頁、前田雅英『刑法総論講義 第七版』（東京大学出版会 平成三二年）一六三頁、曾根威彦『刑法総論 第四版』（弘文堂 平成二〇年）一六五頁）。
- (5) 不破・前掲書（注2）九七―九八頁。
- (6) 不破・前掲書（注2）九六―九七頁。井上（正）・前掲書（注1）一三五頁。
- (7) 不破・前掲書（注2）一〇一―一〇二頁。井上（正）・前掲書（注1）一三五頁。
- (8) 不破・前掲書（注2）九二頁。井上（正）・前掲書（注1）一三六頁。

- (9) 不破・前掲書(注2) 一〇九頁。井上(正)・前掲書(注1) 一三七頁。
- (10) 不破・前掲書(注2) 九一〇頁。井上(正)・前掲書(注1) 一三七頁。
- (11) 不破・前掲書(注2) 九〇頁。井上(正)・前掲書(注1) 一三七頁。
- (12) 不破・前掲書(注2) 一〇二頁。井上(正)・前掲書(注1) 一三七頁。
- (13) 不破・前掲書(注2) 一〇七頁。井上(正)・前掲書(注1) 一三八頁。
- (14) 不破・前掲書(注2) 一〇四頁。井上(正)・前掲書(注1) 一三八頁。
- (15) 不破・前掲書(注2) 一〇五頁。井上(正)・前掲書(注1) 一三八頁。
- (16) 不破・前掲書(注2) 一〇七頁。井上(正)・前掲書(注1) 一三八頁。
- (17) 不破・前掲書(注2) 九八頁。井上(正)・前掲書(注1) 一三八頁。
- (18) 不破・前掲書(注2) 一六九頁。井上(正)・前掲書(注1) 一三八頁。
- (19) 不破・前掲書(注2) 一〇一頁。井上(正)・前掲書(注1) 一三九頁。
- (20) 不破・前掲書(注2) 一〇二頁。井上(正)・前掲書(注1) 一三九頁。
- (21) 不破・前掲書(注2) 八頁。井上(正)・前掲書(注1) 一三九頁。
- (22) 不破・前掲書(注2) 九頁。井上(正)・前掲書(注1) 一三九頁。
- (23) 不破・前掲書(注2) 一六九頁。井上(正)・前掲書(注1) 一四〇頁。
- (24) 不破・前掲書(注2) 一四五―二五頁。井上(正)・前掲書(注1) 一四〇頁。
- (25) 不破・前掲書(注2) 二二三頁。井上(正)・前掲書(注1) 一四一頁。
- (26) 不破・前掲書(注2) 一七三―一七四頁。井上(正)・前掲書(注1) 一四一頁。
- (27) 不破・前掲書(注2) 一一四―一五頁。井上(正)・前掲書(注1) 一四二頁。
- (28) 不破・前掲書(注2) 一八〇頁。井上(正)・前掲書(注1) 一四二頁。

3

(1) 日沖憲郎「行為者責任」(昭和一八年)刑政五六卷三号一―一〇頁。
 (2) 日沖・前掲論文(注1) 一頁。なお、ドイツでは一八七一年の統一刑法典成立以来、特に一九一〇年以降、改正問題が沸騰し、多くの草案が作られ、多くの議論がなされたが、そのような動きに一つの画期をなしたといわれる「一九三三年一月二

四日法」における「危険な常習犯」概念であるが、この立法に關して「常習性」「危険性」の概念の解明に真正面から取り組んだのが司法省関係者であったショールツ博士の著書『一九三三年二月二四日法における危険な常習犯概念』であるが、この著作に対する研究として馬場昭夫『刑法学入門』（慶友社 平成八年）六七―一〇二頁参照。

(3) 日沖・前掲論文(注1) 一一二頁。

(4) 日沖・前掲論文(注1) 三頁。

(5) 日沖・前掲論文(注1) 四―五頁。

(6) 日沖・前掲論文(注1) 五頁。

(7) 日沖・前掲論文(注1) 六一―七頁。旧ドイツ刑法第二〇条a第一項の条文は「すでに二回以上有罪の判決を言い渡されて確定した者が、新たに故意による行為によって自由刑に当る場合において、行為の全体としての評価上本人が危険な常習犯人であることが明白となるときは、新たな行為がより重い刑を科せられるのでない以上は、五年以下の重懲役が、新たな行為がこのような刑の加重なくしても、なお重罪であるときは、十五年以下の重懲役が宣告される。この刑の加重は、前の二つの有罪の判決が重罪又は故意による軽罪のために言い渡されたのであって、且つそのそれぞれに於いて死刑、重懲役又は六カ月以上の刑懲役を宣告されたものであることを前提とする。」また、旧ドイツ刑法第五一条第二項の条文は「行為の不法性を弁識し又はこの弁識力に従って行為する能力が、前項の事由（意識の障害、精神活動の病的障害、精神薄弱）の一つにより、行為の当時著しく低減していたときは、刑は未遂の処罰に關する規定に従って減輕することができる。」とそれぞれ規定されていた（法務資料四三九号 昭和五七年）。

(8) 日沖・前掲論文(注1) 七頁。

(9) 日沖・前掲論文(注1) 八―九頁。

(10) 日沖・前掲論文(注1) 九頁。

(11) 日沖・前掲論文(注1) 一〇頁。

(12) 日沖・前掲論文(注1) 一一頁。

(13) 日沖・前掲論文(注1) 一二頁。

(14) 日沖・前掲論文(注1) 一三頁。

(15) シェイクスピア／福田恆存(訳)「リチャード三世」(新潮社 昭和四九年) 一二頁に「道は一つ、思いきり悪党になつてみせるぞ」というリチャード三世のセリフがある。反対に富田常雄『姿三四郎(中)』(新潮社 昭和四八年) 一一八頁には、道

義心の欠如していた檜垣源之助が姿三四郎との勝負に負けて一瞬にして善人に転化する場面がある。

- (16) 日沖・前掲論文(注1) 一五頁。
- (17) 日沖・前掲論文(注1) 一六頁。
- (18) 日沖・前掲論文(注1) 一七頁。
- (19) 日沖・前掲論文(注1) 一八頁。

4

- (1) 井上祐司「決定論と責任の基礎」(昭和四一年)法政研究三三卷一号一一二頁。
- (2) 井上(祐)・前掲論文(注1) 二頁。
- (3) 井上(祐)・前掲論文(注1) 二頁。
- (4) 井上(祐)・前掲論文(注1) 三頁。
- (5) 井上(祐)・前掲論文(注1) 三頁。
- (6) 井上(祐)・前掲論文(注1) 三四頁。
- (7) 井上(祐)・前掲論文(注1) 四五頁。
- (8) 井上(祐)・前掲論文(注1) 五頁。
- (9) 井上(祐)・前掲論文(注1) 二三頁によると、フオイエルバッハ「レビジオン」序文において行為の市民的可罰性と道德的可罰性を混同すべからずとし、前者を問題とする刑事責任においては悪しき教育によって荒廃せしめられた犯人は強い犯罪衝動によって動かされ、従つてそういう犯罪への必然的原因によって規定されればされるほど責任は重いと論じている。
- (10) 井上(祐)・前掲論文(注1) 四五頁。
- (11) 井上(祐)・前掲論文(注1) 八頁。なお、ヘーゲル、マルクス、エンゲルスそれぞれの思想の相互関係についての概論に關しては、中林肇『弁証法』(中央公論社 昭和四八年)一三四—一七〇頁参照。
- (12) 井上(祐)・前掲論文(注1) 九頁。
- (13) 中山研一『増補 ソビエト刑法』(慶応通信 昭和四七年)三二、四三、七四、一一五頁参照。
- (14) 井上(祐)・前掲論文(注1) 一一、二六頁。
- (15) 井上(祐)・前掲論文(注1) 一一—一五頁。

- (16) 井上(祐)・前掲論文(注1) 一六一―一七頁。
- (17) 井上(祐)・前掲論文(注1) 二〇頁。
- (18) 井上(祐)・前掲論文(注1) 一九頁。
- (19) 井上(祐)・前掲論文(注1) 二〇頁。

5

- (1) 馬場昭夫「團藤重光博士の学説の検討」(平成一七年) 暁星論叢五六号一頁以下。
- (2) 團藤説をはじめとする人格責任論の展望については、大谷実「人格責任論の研究」(慶応通信 昭和四七年) 三三五―三七九頁参照。