

島田武夫博士の人格責任論

中島 広樹

- 1 はじめに
- 2 近世刑事思想の史的展開
- 3 刑法理論の現在及び将来
- 4 責任刑法と危険性刑法との超克
- 5 犯罪の本質
- 6 結語

1 はじめに

島田武夫博士（一八八九—一九八二）は、わが国で最も早く行為の背後に行為者人格を考え、これを基礎にして責任を論じようとする人格責任論を主張した人物として紹介される¹。

島田博士は、大正昭和時代における広島県出身の弁護士として知られ、昭和電工疑獄事件（一九四八）、造船疑獄事件（一九五四）などを担当し、昭和三三年日弁連会長となり、母校日本大学の教授もつとめたが、刑法学者としては、

人格責任論の主張者として知られる検察官であった安平政吉博士と同様に理論的には旧派に近い折衷的立場を示していたと、評されている。³⁾

前号で取り上げた安平政吉博士は、様々な学問的角度からの行為者人格の分析を通じて常習犯人に対する刑罰の加重根拠を「法的情操の頹落」に求めるといふ人格責任論の帰結を導いたのであった。⁴⁾

これに対して、今号で取り上げる島田武夫博士の人格責任論の特色はどこにあるのか。本稿では、島田博士の代表的な著書である『刑法の基礎的理論』⁵⁾の分析を行いながら、その点を明らかにしたい。換言すると、今日の刑法学では、通常、刑法による人の内部的な立ち入りは行為責任(意思責任)を限度とすべきであって、行為に付随する意思以上に人の人格・性格に干渉を加えるべきではない、という論調が強いのだが、⁶⁾以前は必ずしもそうではなく、責任の基礎として「人格」や「性格」を持ちだす論者がいたのである。例えば、ここでとりあげる島田武夫博士のように、責任の基礎として、人格を持ちだす必然性がどこにあったのか、という点に問題関心の焦点を合わせつつ、考察に入ることとする。

2 近世刑事思想の史的展開

(1) 啓蒙期の刑事思想

島田博士の人格責任論は、一七世紀ヨーロッパの文化思想から考察が始まる。

すなわち、法皇の教権から離れた当時のヨーロッパ国家は、専制君主の権威に対する民衆の信仰から成り立っていたが、やがて、個人の人格が発見され、個人主義思想が醸成され、この個人主義思想と権威主義との抗争は刑罰の正

当性に関する理論闘争にも影響し、一八世紀から一九世紀にわたり、超個人的な国家の側から刑罰の正当性を明らかにしようとするものと、個人の人格の側から刑罰の正当性を明らかにしようとするものとの二つの大きな刑法思想が存在したという認識が、示されるのである。¹⁾

このうち、第一の方向(超個人的国家の立場)に向かったのが近世自然法の創始者たるライプニッツ (Gottfried Wilhelm Leibniz, 1646-1716)やグロチウス (Hugo Grotius, 1583-1645)である、と説かれ、グロチウスは、自然法の淵源を社会生活の平和と秩序とを要請する「社会的性情 (appetitus societatis)」と解し、ライプニッツは「正義」の原則に求めたが、「社会的性情」も「正義」も神が人に与えたものだから、自然法にかなうことは、神の意思にかなうこととであり、犯罪人に刑罰を科することは、人の社会的性情に適する自然法的正義であり、神の意思にかなうものであった、と説明される。²⁾

さらに、第二の方向(自由・平等な個人人格の立場)を採ったのがルソー (Jean-Jacques Rousseau, 1712-1778)やベンカリーア (Cesare Bonesana Beccaria, 1738-1794)であったと指摘する³⁾。

すなわち、ルソーは、個人の自由と平等という自然法的原理から出発して、社会契約説(個人が全体的人の幸福のために社会が必要とする最小限度の自由を社会に譲渡するという思想)を提唱し、ベンカリーアはルソーの社会契約説に基いて、犯罪と刑罰の思想とを基礎つけた、と説明される。³⁾そして、刑罰権は、前者の立場からは個人を支配する自然法的権威者としての国家が固有し、後者の立場では個人の自由意思に基く契約によって国家に委ねられ、刑法学説の争いは刑罰問題を中心とする権威と自由(社会と個人)との対立から導かれ、刑法理論の二大潮流を形作ったという認識が示される。⁴⁾

ただし、島田博士においては、思想的には二つの潮流が渦巻いていたとはいえず、現実社会の法律生活は、超個人的

な權威思想によつて指導されていた、という点の指摘も忘れない。すなわち、当時のヨーロッパ政治組織は、君主專制主義であり、いわば「一強」である君主のみが、絶対的存在であり、人民には獨立の存在がなく、判事は君主の意思で任免され、法規は君主の意思と見られ、人民は無条件の服従が要求されており、判事は法規に現われた君主の意思を実行するものであり、判事が法規について疑問があるときは、君主に問わねばならなかった(ベッカーリアの進歩的思想ですら判事に法規解釈の権限を認めていなかった)ことが指摘されているのだ。

このヨーロッパの現実の法律生活における法規の解釈と自由裁量の権限のない判事存在は、罪刑の均衡を失した残忍過酷な刑罰の宣告という弊害を導き、さらに、島田博士の認識においては、監獄制度やその実情は中世期以来の陋習とあいまって、このような非人道的な現実の刑罰制度に対する反動が刑事思想の一角から起こり、抽象的な刑罰理論を現実の刑罰作用に実証化しようとする刑事政策的運動に具体化されていった流れが捕捉されている。⁽⁵⁾

結局、島田博士は、この流れはジョン・ハワード(John Howard, 1726-1790)⁽⁶⁾による各国監獄の視察報告から促進され、漸次ヨーロッパを風靡しようとしたが、そのときこのような運動をせき止めたのが、カント(Immanuel Kant, 1724-1804)学説であり、カントの学説は、刑法の理論を再び自然法の昔に逆戻りさせた、とまとめられる。⁽⁷⁾

(2) カントとフォイエルバッハ

島田博士は、上記のカント哲学に関して以下のように述べている。⁽⁸⁾

すなわち、カントは、当時の思想界を風靡した個人主義思想の雰囲気の中に生い立ち、個人の自由に道徳的全価値を認めた。人間がもし自然界と同様に存在の一部であったならば、人間の価値は行く雲や路傍の石と選ぶところはないであろう。われわれが、存在の域を脱して、真の自我の本質(人格)に立ち還るとき、初めてわれわれは、われわれ

れの行為に対して責任を感じ、従つて罪悪と道徳との可能性を感じるであろう。人間は絶対的自由の立場においてのみ、人格の道徳性を獲得することができる。この道徳性とは何であるか？ カントの無上命令はいう。「汝の意思の格率が一般立法の原理となりうるように行為すべし」と。「一般立法の原理となりうるように行為すべし」ということは、「平等の原理を実現せよ」ということである。それ故無上命令の内容は平等の理想である。

カントの法律は、各人をして自らの恣意を抑制せしめるところの道徳的な平等の法則であつた。人が法律に違反することは、彼の本性としての道徳命令に違反することである。それゆえ、法律違反に対する刑罰は、道徳命令に反したが為の悪報でなければならぬ。すなわち、「刑罰は、(一罰百戒のように)ある目的を達するための手段として、犯人または社会に科せられるものではなく、常にただ彼が罪を犯したが為に、彼に科せられねばならぬ」なぜならば、人は決して物の如く、他の者の意図のための手段として扱われなところの固有の人格を有するからである(人格主義)。この意味で、カントの刑法は、「責任刑」であり、刑罰は厳肅な「応報刑」であつた。かくて、カントは個人主義刑法の哲学的倫理的な基礎を確立したものである。爾来彼の説は、個人主義的責任刑法理論の原理となつた。カントは刑罰の正当性を正しい応報の原理によつて基礎づけ、衡平の原則に則つた反座刑(同害報復刑)を認めた。しかし、(同害報復の如き)原始的な反座刑が一八世紀の社会に再現される筈はなかつた。しかのみならず、刑罰執行については、古き時代の面目が、そのまま、カントの刑法論に残留している。故にカントの刑法論は、理論に偏して実際に疎く、当時の立法にも司法にも何らの反響を与えたものではない。

以上見てきた通り、島田博士は、カントの人格思想を可罰性の基礎づけに用いているが、それは、現実的に過酷な刑罰をもたらすものであり、現実の人格を秩序維持という他目的に利用することによつて、最高価値であるはずの「人格」を痛めつける結果を招いていた。ここは、今後の刑法論との関係で、重要である。

他方、刑法の使用を必要最小限度の範囲内に抑制しようとする議論を「謙抑主義」と称するが、小野清一郎博士（一八九一—一九八六）によれば、謙抑主義を生み出した宮本英脩博士の刑法は「プロテスタント的人格主義」に性格づけられていると評されており、このことから人格概念は刑罰を基礎づけるとともに、刑罰を限界つける機能を持つことを認識させられる。¹²⁾

島田博士は、カントの刑法論と学理的に対立するのがフォイエルバッハ (Paul Johann Anselm von Feuerbach, 1775-1833) の刑法論であると指摘する。フォイエルバッハによると、国家は、あらかじめ一定の行為に刑罰が伴うことを規定した刑法典を公布し、国民の心理を強制して犯罪行為を避けしむるようにし(心理強制説)、この刑罰威嚇に反抗して国民の権利を侵害する者には刑罰執行による威嚇が加えられなくてはならない。すなわち、フォイエルバッハの刑法は、カント刑法のような責任刑法ではなく、権利侵害の危険を防止しようとする危険性刑法であり、その刑罰はカントの主張したような道義的な応報刑ではなく、国民の利益を保護しようとする保護刑の体系に属する、と説明されるわけである。¹³⁾ 島田博士は、このように説明して、カント刑法が当時の個人主義を代表し、フォイエルバッハ刑法が超個人主義を代表すると同時にそこには応報刑主義と保護刑主義との現代的対立の萌芽を認めうると結論付けるのだ。¹⁴⁾ そして、次節でその後のドイツ刑法理論史を続ける。

(3) ヘーゲル学派と実証学派

島田博士によると、フオイエルバッハの刑法理論は、専制君主の権威が絶大を極めていた一九世紀前半にドイツの刑法学界及び実務を支配したが、折から、ドイツの各州では、刑法典の編纂を競っており、この各州の刑法典を統一する哲学的基礎が模索されていたが、ヘーゲル(Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770-1831)の出現によって初めてその要求が充たされた、とされる。

そして、ひとたびヘーゲル刑法理論が打ち立てられる(一八四〇年)と、世をあげてヘーゲル思想に靡いた、という。すなわち、ヘーゲルによれば、国家は国民の道徳精神の権化であり、この道徳的精神は成文法によつてのみ顕揚される、とされ、当時サビニーら歴史学派の論者たちが主張した慣習法に反対して成文法に慣習法に優越した地位を認めたのであり、島田博士によれば、ヘーゲルの国家論は権威思想の結晶であり、超個人主義法律思想の最高潮を示したものだということとなる。島田博士の理解したヘーゲル思想は以下の通りである。¹⁵⁾

すなわち、ヘーゲルにとつて、犯罪とは、「客観的成文法律の侵害であり、それ自体、犯罪人の自己否定(im sich nihtig)である。」そして、刑罰とはこの犯罪を否定する役割を演ずる。犯罪を否定することは、法律の回復であり、刑罰は概念的には侵害の侵害(弁証法)であり、現実には、犯罪と同質同量の害悪でなくてはならない。ヘーゲルはすでに犯罪の害悪と刑罰の害悪との価値的平均を説いており、カントの説いた罪刑の物理的反座的平均には反対した。¹⁷⁾ところで、長く権威をほしいままにした君主専制主義は一九世紀中葉に至つて没落し、ヘーゲルの後に続くヘーゲル学派の刑法理論は、完全にドイツ学界を風靡していたが、一九世紀後半になると、犯罪現象を科学的に説明して犯罪対策を講じようとするいわゆるイタリア学派が誕生し、さらに間もなく実証学派による、厳しい反対に遭遇した。次に島田博士による、いわゆる新派の登場と新・田舎派の主張内容の異同等についての説明を以下にみていこう。¹⁸⁾

すなわち、すでにみたように、当時のドイツではプロシア、バイエルン、ザクセン等の各州で刑事立法が、競って行われていたが、ヘーゲル学派の刑法理論は先験的・形而上学的理論の範疇に閉じこもり、刑事立法の実際に貢献するところがなかったのみならず、刑事裁判の実際や行刑作用の結果にも何等考慮するところがなく、ほとんど無関心にみえたのである。

結局、このような、学理と実務とのよそよそしい無感覚は、新しい運動を爆発的に生み出した。いわゆる、イタリア学派に属するロンブローゾ・フェリー・ガロファロ・リスト等の刑事人類学や刑事社会学の主張はたちまち、多数者の共鳴を得て、ヘーゲル学派に属する古典刑法学に対して戦端を開いたのである。

すでにみたように、島田博士は旧派寄りの学者であり、博士において新派的な議論に一般的説明以上の独自のものがあるとは考えにくいので、この辺の検討はさほど細密にわたる必要はないであろうから、島田博士の認識内容を確認するにとどめたい。周知のようにこの新学派は刑法の法律的性質を否認し、これを改めて、社会学の一分科とし、また刑罰の効力に懐疑的で、予防法規を設けて、これを刑罰に代用しようとし、刑事訴訟法の法律的形態を改めて、犯人を精神病学または人類学上から専門的に審理すべきだと提言する。

さらに、新派は *Kriminalität* の重要な任務は、犯罪の原因を探求して、この原因を芟除し、犯罪から社会を防衛するにあると説く。

ところで、ドイツでこのような新運動の先鋒に立ったリスト (Franz Eduard von List, 1851-1919) は「刑法の目的思想」という論文で、刑法の実際の改革の綱領を示した(マールブルク綱領 一八八二年)。彼は、この綱領において、刑罰は法益保護を目的として行わなくてはならず、刑罰の対象は過去の行為ではなく、却って行為者その人であり、刑罰の程度は、犯罪人が社会にとって危険である程度に応じて、実証的に定められねばならぬ(社会防衛論)と、主張

した。それゆえ、実証学派の刑法は、犯罪人の危険性から社会の利益を保護するための保護刑を要求するのであり、カント・ヘーゲル学派の「責任刑法」に対して、「危険性刑法」ということができる。そして、刑事学の舞台に現われたこの新運動は、新派と呼ばれ、従来の思想は旧派と呼ばれ、この新旧両派の対抗運動は牧野博士によってわが国に移入されたが、わが国では、一九〇七年フランス刑法に倣った旧刑法が改正されて、ドイツ刑法に準えられた現行刑法が行われるようになったが、従来の応報思想が学界（勝本勘三郎博士・大場茂馬博士・泉一新熊博士）においても、司法の実際においても、隠然として重きをなし、新旧両派對立して、今日に及んだ。

島田博士の認識するところによると、ヘーゲル学派も実証学派ともに超個人主義法律思想を代表する、という共通点を有する。すなわち、実証学派の関心の対象たる社会の利益とヘーゲル学派の重視する国家の権威とは観察の対象を同じくし、その同じものをヘーゲル学派は理想的に考え、実証学派は実証的に考える、という差異があるにすぎないのだ。

結論的に、島田博士は、両者相対立して拮抗しなければならぬ筋のものではない、と説く。なぜならば、カント・ヘーゲル学派は、先験的・形而上学的思想をもつて貫かれ、論理的概念の範疇から一步も出なかつたのに反して、新派による目的思想の主張は、あらゆる因習的原理を排斥して旧派が今まで見なかつた新しい課題を急進的に実現しようとしたものだからである。

だが、新派は応報刑という因習的原理の廃棄を要請するとともに、刑法の基礎付けから道徳思想を排斥した。これによって、刑法は従来の道徳的意味と作用を完全に失い、犯罪人の自然的危険性を改善して社会防衛を営む用具となつた、と島田博士は説く。つまり、新旧両派には刑罰を、応報刑とみるか、教育（改善）刑とみるかという相違点を見出し得るのだ。

島田博士からすると、刑法における新派による実証主義の主張は、当時法律思想界を支配した法規万能主義思潮の余波と見られ得る。法規万能主義は、あらゆる生活現象をできる限り法規に表そうとして、法規を偏重した結果、道徳を法律関係から排除してしまつたが、刑法の方面では、(道義的応報思想を排斥する)実証的な危険性刑法がその衝に當つたとみるわけである。⁽²¹⁾

最後に、島田博士は自由主義・個人主義に即した現代法や現代社会、現代文化の分析や自説の開陳を行う。戦前(昭和八年)に、自由主義や個人主義を法律問題の解決のための価値として措定していた島田博士の立場には興味深いものがある。

その祖述を見て行こう。まず、島田博士はフオイエルバッハも、ヘーゲルも、リストも具体的主張内容は全く異なるが、国家・社会という超個人的権威のための刑罰論を説いた点で同一である、という大胆な主張から始める。⁽²²⁾そして、超個人的権威思想の旺盛であつた一九世紀には、個人の自由思想は時代思想の正面にはあらわれていなかったが、一九世紀終わりのころから、個人の自由思想が芽生え、やがて、超個人的法律思想に対抗した。そのことは、一七世紀後半から一八世紀にかけての、啓蒙期を想起させるが、啓蒙期の刑罰論が当時における一般文化思想の一片だつたように、新しい時代(一九世紀終わり)の刑法論もまた、一般文化思想の一片である。法律問題は、それ自体孤立して存在せず、一般文化思想に従属する。新時代の自由主義法律思想⁽²³⁾は、現代の一般文化思想の潮流に乗じて登場した。⁽²⁷⁾

わが国でも国家の法律だけに権威を認めるといふ権威主義(民間の慣習法の軽視)と、社会の実情を無視した、「世間知らず(weltfremd)」な解釈論によつて、その実労働者や農民の犠牲におけるブルジョワジーの擁護といった機能を持つようになつてくる。⁽²⁸⁾

さらに、島田博士は、チューリッヒ大学教授ライヘルの著作 (Reichel, Gesetz und richterspruch 1915, S19ff.) を参考に、現代の法律思想に影響を与えた諸原因を分析して、次章につなげる。

1. 一九世紀にもっとも尊ばれた君主や国家や寺院、客観的道德、金銭無欠を自負する独断的法規のような超個人的權威に対抗して、スペンサー (Herbert Spencer, 1820-1903)、ニーチェ (Friedrich Wilhelm Nietzsche, 1844-1900)、イブセン (Henrik Johan Ibsen, 1828-1906) やトルストイ (Lev Nikolayevich Tolstoy, 1828-1910) らの思想家が個人の自由思想を礼賛し、同時代人の多くが、このような思想に共鳴し、肯定し、新しい道徳は古い道徳と衝突し、従来の權威は解体されざるをえなかった。これにより、法規の權威も薄らぎ、法規神聖の思想は消え失せた。

2. 個人の自由思想の台頭とともに民主主義の成果として、君主の立場はしばしば、多数者に取って代わられた。国家的法規に対しても議会の言論、公の輿論が、徹底的な批判を下し、国家思想に変化を来した。

3. 各国の工業化により、以前勢力のあつた階級が新しい階級にとってかわられ、社会關係が根本的に変化したのに、法規は新しい社会形態に必ずしも対応せず、新法令が公布されたとき、すでにその法規は実際の要求に適合しないことがしばしばであり、法規に忠実な判事の判決は、不正でなければ、別世界のものであった。

4. 技術工業・世界交通・世界商業の発達は、同時に社会生活の經濟化、商業化を生み出し、アメリカ主義といわれるような実利思想の普遍化を現出させ、現代思想の正面には功利的・合理的・打算的性格が現われた。

人々は法規を以前のように尊重せず、法規を尊重する前に「それは何の役に立つかを問う」ようになった。

5. 一九世紀終わりのドイツ哲学は理知主義・論理主義から漸次意思主義の傾向に移り、法律や倫理等は、非論理的な価値判断の対象となり、實在の判断としか考えられなかった法律は、今や非現實の意味の判断として考えられるようになった。

6. 上記の新興の法律哲学は、法律の根本原理や規範的観点を指摘し、この観点から、現行法を批判する。不正な法規や判決に対して反動の強い時代になった。

7. この自由主義思想は第一次世界大戦後一層先鋭化された。各国民は、祖国という超国家的權威の為にたまたたいたのであり、戦士たちは、みな、忠勇無双の彼らを国家は保護するものと考えたにもかかわらず、国家は満身創痍の不具廢疾の身になった憐れむべき護国の勇者を顧みなかった。そこで、国民は温かい手を差し伸べて敗残の勇士をいたわり、ねぎらう国家を要望したし、この要望は、国家や法律をして直接現実の個人の為に貢献せしめようとする思想傾向を馴致した。

島田博士は、これ等の原因で現代の思想傾向(新カント派、新ヘーゲル派)が生み出され、法律の方面においては、自由法運動として現れた、と分析する。

3 刑法理論の現在及び将来

(1) 概説

島田博士は、上記の通り刑法学説史を概観した後、過去の刑法は客観的權威である法規の解釈に終始したが、やがて、国民は刑法が權威者からの単なる命令ではなく、自らの意欲の内容である、と感じるようになり(刑法の主観化)、かくて刑法は刑法法規を遊離し、刑法には、条文の数だけの個別的学説があり、全体を統一する体系がなかった。たとえば、新派の牧野博士によれば、刑法は犯罪人の危険性に対し社会を防衛する具であるとしながら、危険性を論じるのみならず、責任をも論じている、という具合で統一を欠いた混乱錯綜の甚であり、学説や判例の百科辞典を想起

させる、と批判したうえで、将来の刑法学は条文の基礎となり、これを指導する一貫した理論でなければならぬ、と結論を示す。⁽²⁾

(2) 責任刑法

そのうえで、まず、刑法は行為を罰するの否か、行為者を罰するの否か、という旧派と新派の根本的対立点を検討する。この点につき、旧派は、行為に着目して行為が社会の共同利益を侵害するときには彼に責任をみとめるが、客観的行為だけを觀察するのではなく、進んで、行為についての主観的責任を論じる。これに反して新派は、行為者の主観(性格)を対象とすると言いながら、主観に関係のない行為者の経験的(客観的)危険だけを問う。それゆえ、旧派は責任刑法であり、新派は危険性刑法であり、その対立一論争はいつ果てるとも計り知れない。⁽³⁾そして、島田博士は、責任刑法(Schuldstrafrecht)と応報刑について述べる。

すなわち、国家は法律的罪悪を行った者に刑罰を科するが、この刑罰は犯罪人の責任に適應せねばならないのであり、責任に適應する刑罰を応報刑と解し、責任を前提として応報刑を要請する刑法は責任刑法である、と定義する。

島田博士は、責任に應報する刑罰を科することは「現代人の信仰概念又は先天的概念」である、とする安平政吉博士の言葉(4)を引用し、責任刑法は、どのように具体的な刑罰が定められ得るかを考慮することなく、応報刑は犯罪人の責任感を喚起する正義の要請である、と責任刑法の抽象論の実態を暴いてみせている。

すなわち、島田博士は、責任刑法は、犯罪人に対して「汝は他のことを為したのであり、そしてなすべきであつた」と規範を語り、行為者がなすべき他のことを為さずに犯罪行為を為し、行為の為に非難されるべき状態であれば、彼に責任が認められ、こうして、責任に應報する刑罰を科すこと(応報刑)は、犯罪人の責任だけでなく、多くの人々

にまどろんでいる責任感を喚起するのだ(一般予防作用)。

島田博士は、この一般予防は、ある状態のもとでは、特に強められる、と述べ、以下のように続ける。すなわち、宗教・道徳等の規範は法律規範と峻別されなくてはならないが、多くの場合、これらの規範は内面的に法律規範と一致する。たとえば、殺人・傷害・強盗などのような比較的重い犯罪行為は刑法に違反する行為であると同時に、道徳・宗教の規範にも反する行為である。このような、一致があるかぎり、多くの人たちの強い宗教的・道徳的意図力が法律の力を支持することになる。この社会心理的作用を顧みないで刑事政策を講じることが、好んで失敗を招くに等しい。国家の裁判は、国民の心理に共鳴しなくてはならず、そうでなければ、社会制度の内容に根本的变化を招来するであろう。⁽⁵⁾

しかし、道徳的罪惡の承認は、必然的にその反動として自責を伴う(この限りで、責任刑法は行為者に対する特別予防の実をもあげようとしていた)のに、刑法上の責任は、社会利益を侵害したことについて社会からの制裁を待ち設けるものであり、個人の側からの責任の証明は、社会の側からの制裁を権能づけるものではない。このように、刑罰の標準を有せず、ともすれば、犯罪者への反感から、刑を加重せしめ、刑罰を残酷に執行し、かえって、累犯を増加させた。応報・責任という抽象的言葉は、刑罰の改善や執行方法について、積極的提案を示しえず、責任刑法はこの欠陥を補正しなければ刑法理論の建設は不可能であろう、と島田博士は締めくくる。⁽⁶⁾

(3) 危険性刑法

責任刑法と対立する危険性刑法について島田博士は、どのような行為を危険とみるかは宗教・道徳・法律の各範囲において異なる、とされつつ、法律の範囲では人の行為によって社会侵害的な危険が予測されることが危険なのであ

る、と定義したうえで、共同財の管理者たる国家の立場からすれば、このような危険性の実現を予防鎮圧する手段を講ずることは、当然の任務であるから、危険性刑法は国家からみたこうした犯罪人の危険性のうえに (Gefährlichkeitsrecht) 建設される、と説く。

さらに島田博士は危険性刑法にとって、犯罪は危険性の徴表(その有無は自然科学により定められる)であり、犯罪人の危険性には責任は含まれていないので、危険性に対する応報ということは、全く意味がなく、危険性刑法の罰則は、共同利益の保護を目的とする保護刑(Schutzstrafe)である、と説明を加える。更に博士は危険性刑法によると、危険性の原動力は、行為ではなく行為者であると揚言され、行為者と行為者を圍繞する環境とが、自然科学に基いて実証的に研究され、危険性刑法は、この研究に基いて刑法改革・監獄制度革新を叫ぶとともに、犯罪人を分類して犯罪人の処遇につき、保安処分を提案する等の功績を残した、という積極的評価を与え、刑法が共同利益保護の実をあげようとするのであれば、危険性刑法の主張は度外視できないと論じる。

4 責任刑法と危険性刑法との超克

最終的に、島田博士は、責任刑法と危険性刑法との結合・調和の必要性を説く。そして、法律の本質論から、責任刑法と危険性刑法を結合するための理論的基礎を獲得しようとする。以下のように、島田博士は、キメの細かい議論を展開する。

すなわち、国民にとって、国民各自にとって平等な自由は正義であり、正義は法律の理想である。そして、国民は法律の主体であると同時に法律の客体である。従って国民各自の自由は、二方面において認められる。法律主体とし

ては他人をして生活利益を侵害せしめないとき自由であり、法律客体としては、法律によつて禁止せられないすべての行為をなしうるとき自由である。

たとえば、国民の一人が、何らかの犯罪を犯そうとするとき、その犯罪をしてはならない、という命令がそのものの動機を抑制する(反対動機)。この犯罪の動機を抑制する命令は他人の命令ではなく自らの意思の働きであり、この意味において、国民ひとりひとは自らが法律命令者で同時に法律服従者である。

国民各自が、法律命令者で、かつ法律服従者であることによつて国民各自に共属関係が認められるが、この国民の共属関係は、単なる事実関係ではなく、国民各自の道徳的情操と結合して国民の連帯責任を形成する。すなわち、万人平等の自由(正義)を実現するために、国民は法律を實行し且つこれに服従すべき連帯責任を負う。このような責任者を国家の公民という。公民は、法律の命令者で同時に服従者たる資格を有する者の謂である。公民のある者が法律に違背したとき、この犯罪人は他の公民全体に対して義務違反の責任がある。

そして、責任刑法は、一面的にかかる個人の責任感の上に建設せられる。従つて、責任刑法は、犯罪人の責任を説明するだけで、彼がどれだけの刑罰を受けなくてはならないかを説明しないし、説明できない。

犯罪人に対して刑罰を科すのはカントの主張するように、刑罰を科すこと自体が目的ではなく、犯罪人をして公民たる資格を回復させる重要な目的のためであり、この目的を欠いた刑罰は野蛮である。たとえば、危険性刑法の主張者たちは、「応報刑は、復讐の動機からおこり、粉飾された復讐であり不正義な蛮族の遺風であるから、これを抹殺せねばならぬ」と応報刑を排撃する。³³

だがしかし、島田博士は、この俗耳に入りやすい主張に次のような、三個の論拠を挙げて、反対する。

まず、復讐には復讐する者と復讐される者との二人がおれば足りるが、応報が行われるためには、応報する者とさ

れる者と、この両者の主張を判断する判事の地位にある者との三人が必要であり、この判事の地位にある者は、応報当事者の主張から独立した公平かつ冷静な考えを持たなくてはならないのである。

次に、復讐は、忿怒やその他本能的感情の爆発から行われ、相手方の責任の有無を問わない。却って、加害者の親子兄弟等に対しても行われる。これに対して、応報は、このような衝動的感情から行われるのではなく、却って利害の理性的平均を要求するのだ。

最後に、応報は、復讐と異なり、害悪と因果関係・責任ある者に対して行われる。

このように、島田博士は、正義をめざす応報は決して復讐と同一視すべきものではなく、それゆえ、不正義のものではないと論じる。

ところで、犯罪者は犯罪を犯し、法律¹⁾に対する服従義務に違反することによって自由を享受する公民資格を失った者であり、公民全体にとっては、連帯責任者である一公民を失うのは、すべての人に平等の自由を実現しようという法律の理想が遮られるから、重大事であり、法律の理念(万人の平等な自由の実現)に忠実であろうとすれば、他のすべての公民は、犯罪人をして、ふたたび公民たる資格を回復せしめる連帯責任がある。この連帯責任に思い至らなかつた為に従来の刑罰論は宙に迷った。刑罰は、犯罪者をして善良な公民たらしめる手段でなければならぬ。危険性刑法は、犯罪者の危険性に対して社会を防衛すると、呼号するが、これは、説いて未だ尽くさないものである。危険性刑法は、さらに進んで犯罪者に対する公民全体の責任として説かれるべきものである。しかし、それは、犯罪者の責任を前提としていわれるべきことであり、犯罪者の責任(道義的責任清算・道義的改悛)なくして、公民全体の連帯責任はありえない。危険性刑法は教育刑による社会防衛を説くが、危険性刑法が上述の犯罪者の責任を認めない限り、保護刑も教育刑も全く無意味である、と島田博士は論じる。²⁾

結局、責任刑法も、危険性刑法も、刑罰の終局的目的たる「犯罪者を善良な公民たらしめる」ために犯罪人の素質・特性に応じた刑罰を必要とすることになる。

5 犯罪の本質

(1) 行為の本質

島田博士は、人の行為は、その客観的方面も主観的方面も人の生存目的によって浸透されている、したがって、個々の行為は、人全体の現われであり、主観でも客観でもなく、主客中立的である、と説くと共に、行為から起こる外界の変化は結果として客観的実在であり、行為と結果との間には因果関係があり、他方、結果は行為によって達しようとした目的であり、結果と行為との間には目的と手段との目的関係があり、人は因果関係と目的関係との二本の手綱を握って一つの行為を駆っているのであるとし、それゆえに行為は主観でもなければ、客観でもなく、両者の総合である、と論じ、⁽¹⁾単なる客観性を重視した行為責任論ではなく、たぶん主観性を有する人格責任を導きやすい行為論⁽²⁾を行っていることがわかる。

(2) 行為者の本質

島田博士は、行為者の本質に関して以下のように述べている。すなわち、同じ生活経験をなし、または、同じ行為結果を予見したすべての人が、同じ行為を為すとは限らない。人の個々の行為はその人の生活傾向に支配されており、人によって生活傾向は異なるからである。人が偶然に突発的に行為したような場合でも、それは決して偶然ではなく、

彼自身の生活が内面的にかかる行為に向かっていたのである。それは、個々の目的よりもいっそう大きく強く且つ根強い一定の生活傾向であり、この傾向は、行為目的のように一回ごとに途切れるようなものではなく、却つて、必要に応じていつでも行為目的を派生せしめるような持続的能力であり、このような持続的能力のことを性向を有するといひ、この多くの性向を支配・統治するものを性格(Character)といひ、性格が道徳的価値を実現しうるとき人格といひ、人格とは、道徳的価値を実現しうる主体の謂であり、よつて、精神病者や幼児は性格を有するが人格を有しないので、道徳的観点から評価されるのは人格者の行為や性向に限られる。行為者は行為から明らかにされ、行為者が明らかにされたとき、逆に行為は行為者から明らかにされる。行為者は、彼の行為が彼の人格の表現である限度でのみ責任がある。行為者の人格からその責任が明らかにされたときは、彼をして再び法律の遵奉者たらしめるに最も有効適切な方法が講じられなくてはならない。

(3) 累犯と常習犯

行為によつて、人格の一定傾向が知られるときには、人格は客観性を帯びてくる。すなわち、人格が常に同じ方向に作用するときは、恰も流れる水が河床を作るようにありありと人格の型が認められるようになる。型にはまった人格は客観的な構成要件として認められる場合がある。そのもつとも明瞭なのが累犯や常習犯である、と島田博士は述べる。

現行刑法五六条乃至刑法五九条や刑法草案七五条乃至七七条によると、累犯は次の二つの前提条件のもとに認められる。すなわち、

①一定の犯罪の爲、自由刑の執行を受け、又は執行免除を得たこと。

②その後、一定の期間内に犯した新しい犯罪の爲に、前と同様の自由刑が言い渡されること。

しかし、この二つの前提条件では、なお、累犯を認めるに足りない。ドイツ刑法草案(一九二七)七八条がいうように、

③前の犯罪と後の犯罪が行為者の危険な慣習犯であること。

を累犯の前提条件に加えるべきであり(常習累犯)、このような累犯の刑は加重せられる。

さて、累犯のこの三つの前提条件は、個々の犯罪の処罰事由ではなく、個々の犯罪の刑罰加重事由でもない。累犯の刑罰加重事由は累犯に独特のものである。^③すなわち、「右の三条件のもとに罪を犯した者は、その刑を加重せられる」のである。グリュンフートがいうように、累犯の場合個々の行為の意味は、行為者の人格に包含せられ、処罰関係には強い作用を現さない。累犯の構成要件は、行為者の人格によって特色づけられた行為ではなく、反対に一定の行為によって特色づけられた行為者である。行為は行為者の背後に潜み、正面には現れない。したがって、累犯の決定的特質は行為者の人格である。^④累犯の犯罪構成要件は、個々の行為ではなく、行為者の全人格である。すなわち、犯罪を重ねて犯し、または新しく行う傾向が累犯の対象になる。累犯は、実に人格を客観的構成要件とする犯罪である。^⑤同じ関係が賭博常習犯(刑法一八六条)にも認められる。

6 結語

人格責任論は、道義的責任論の立場を採りながら当該行為だけでなく、その背後に行為者人格を考えこれに責任を

置く考えである。本来道義的責任論によれば、正常な意思活動の可能性が乏しい場合には責任非難は加え得ないか著しく弱まるので、常習性や累犯性という人格的特性のために規範意識が鈍麻している常習犯罪者や累犯者の場合はそれだけ責任がすくないはずなのに、実際には刑法一八六条、刑法五六―五七条に規定されているように刑が加重される⁽¹⁾。しかし、島田博士は、これまでの叙述から認められる通り、「行為者は、彼の行為が彼の人格の表現である限度でのみ責任がある」と論じているが、是が人格責任論を支持することの宣明であることは、明らかであろう。

にも拘わらず、常習犯・累犯の刑罰加重のロジックを語っておらず、ここにもっとも初期の人格責任論の主張者である島田博士の人格責任論の特色を窺うことができる。

では、島田博士は、常習犯加重の根拠づけに実践的意味をもつといわれる人格責任論を、何故主張されたのか。「人格責任論の真の狙いは処遇の点にある」、⁽²⁾といわれる通り、島田博士は、「行為者は行為から明らかにされ、行為者が明らかにされたとき、逆に行為は行為者から明らかにされる。行為者は、彼の行為が彼の人格の表現である限度でのみ責任がある。行為者の人格からその責任が明らかにされたときは、彼をして再び法律の遵奉者たらしめるに最も有効適切な方法が講じられなくてはならない」と論じており、まさに実証的・科学的刑事政策の展開を意図していたことが、窺えるのである。この処遇論との関係で、島田博士は人格概念を責任論に持ち込んだわけだが、人格責任論が処遇論との関係で重要な役割を果たすであろうことは、令和四年六月一三日の刑法改正で、懲役刑・禁錮刑の区別が否定され自由刑は拘禁刑に一本化された立法の中に、各受刑者の人格的特性に従った行刑を実現しようとする行刑の流れが現在も看取される事実からも予測される。

【注】

1

- (1) 団藤重光『刑法綱要総論』(第三版)(創文社 平成二年)二五九頁。
- (2) 上田正昭Ⅱ西澤潤一Ⅱ平山郁夫Ⅲ浦朱門(監修)『日本人名大辞典』(講談社 平成十三年)九三〇頁。
- (3) 大塚仁『刑法における新・旧両派の理論』(日本評論社 昭和十二年)五二頁。
- (4) 中島宏樹『安平政吉博士の人格責任論』『平成法政研究二六巻二号』(平成国際大学法政学会 令和四年)六五—一〇六頁。
- (5) 島田武夫『刑法の基礎的理論』(有斐閣 昭和八年)一一—二四頁。
- (6) 内田文昭『改訂刑法Ⅰ(総論)(補正版)』(青林書院 平成九年)二三四頁。

2

- (1) 島田武夫『刑法の基礎的理論』(有斐閣 昭和八年)一一二頁。
- (2) 島田・前掲書(注1)二頁。
- (3) 島田・前掲書(注1)三頁。
- (4) 島田・前掲書(注1)四頁。このような、島田博士の基本的認識は牧野博士の著作が下敷きにされており(島田・前掲書(注1)三—四頁の註参照)、必ずしも島田博士の独自の見識ではない、と思われる。
- (5) 島田・前掲書(注1)四—五頁。このことは、フリードリヒ大王最大の遺産といわれる、プロイセン刑法典(二七九四)やメツテルニヒ(Klemens Wenzel Lohar Nepomuk von Metemich-Winneburg zu Beilstein, 1773-1859)のオーストリアでも当てはまっていた。当時の官吏にとつては、上官に屈従する以外の道徳はなかったわけである。皇帝の意思にほかならない法規を批判した者は不敬罪に問擬されたのだ。ここでいう刑事政策的運動の代表者として、ベンサム(Jeremy Bentham, 1748-1832)があげられている。

- (6) ジョン・ハワード(訳)川本稔 森本真美『一八世紀ヨーロッパ監獄事情』(岩波書店 平成六年)一一—二〇六頁。
- (7) 島田・前掲書(注1)六頁。団藤重光『刑法綱要総論』(第三版)(創文社 平成二年)二二—三頁は、カント思想を以下のように述べている。「カントの法哲学は、道徳形而上学の一部をなす。自由が道徳法則の存在根拠であり、道徳法則は自由の認識根拠である。意志の主観的原理である格率が、常に同時に、普遍的法則の立法の原理として妥当しうるように行動することが、純粹実践理性の根本法則とされる。かように道徳法則は直接に意志を規定する。法則への尊敬から、すなわち、義務が動機となつ

て、法則に一致するように行動するとき、はじめてそれは道德的であり、単に法則に一致するように行為するとき合法的であるにすぎない。かれにおいては、道德性(Moralität)と合法性(Legalität)とは、このようにして明確に区別される。法においては、各人の恣意が他の各人の恣意と普遍的法則にしたがって両立することのできるものであることが要請される。ところで、不法な行為は普遍的法則に従う自由の妨害であるから、これを抑止するために、法には当然に強制が伴わなければならない。かようにして、刑罰権が基礎づけられるのである。しかも、人格は物とちがつて単に手段として扱ってはならないのであって、常に同時に目的として扱わなければならない。なぜなら、自己目的でなければ、理性に対する最高実践原理は、ありえないからである。そこから、相對主義の排斥が導かれる。かれによれば、刑罰は決して単に犯罪者自身のためまた公民的社會のため他の善を促進する手段として科せられてはならない。科刑の原理は、正義のはかりにおける指針の地位にある均等(Gleichheit)の原理以外にありえないのであり、同害報復の法によるべきものとされるのである。」というわけである。

(8) 島田・前掲書(注1)七頁。

(9) 島田・前掲書(注1)七頁。

(10) 島田・前掲書(注1)八頁。

(11) 小牧治『カント』(清水書院 昭和四二年)一六七頁では、カントの『実践理性批判』に対して「この本には何も新しい道德原理が述べられていない。」と酷評されたとき、カントは「まさにそのとおり」と応えたという逸話が紹介され、カントの仕事とは「平凡人のもっている道德的な事実ないし常識を純粹な形で取り出そうとしたことにある」という趣旨が述べられているが、刑法についてのカントの主張内容もまた、同様に凡人の常識のなかにあつたばんやりとしたあたりまえの刑法的な常識について、より純粹な原理を明確に自覚させる議論を行うものであり、それがカントの真骨頂だったのである。

(12) 小野清一郎「宮本教授の主観主義的刑法体系について」『法学協会雑誌五六巻四号』(昭和十二年)二〇頁。

(13) 島田・前掲書(注1)九一〇頁。フオイエルバッハは、少なくとも刑法の領域では、意思の自由を認めなかったため、道德的応報刑を採用できなかつたのは必然的な結論であつた。フオイエルバッハも道德的自由は認めていたものの、道德と法は峻別され、道德的自由は道德の外部にある法律には認められないと解していた。すなわち、当時の思想界において、意思の自由とは、カントに従い意思が普遍妥当な道德的原理に適合することであつたが、他方で犯罪は道德的原理に反する意思作用であり、これは自由の不表現というべきであり、自由ということとは出来ないからである。曾根威彦『刑法総論』(第四版)(弘文堂 平成二〇年)二八一―二九頁によると、「フオイエルバッハは、人格の自律(自由)の原理の支配する道德の世界と、因果律(決定論)の支配する法則の世界との混同を厳に戒めた。が、刑法を後者に含めることによつて刑法論から一切の道義的応報觀念

を排斥し、目的・手段の功利的見地に立つ刑法論（一般予防論）を樹立し、絶対的応報刑論者であったカントと袂を分かつた」ということになる。

(14) 島田・前掲書(注1)一頁。

(15) 島田・前掲書(注1)一二頁。

(16) 島田・前掲書(注1)一三頁。

(17) 団藤・前掲書(注7)二三頁は、ヘーゲル思想を以下のように祖述している。すなわち、「ヘーゲルはカントのあとを受けて、ドイツ観念論哲学をその絶頂にまで展開した。かれにおいても理性が追求されるが、それはもはや人格の内部から解放され、主観的精神から客観的精神へ、そうしてさらに絶対精神への弁証法的発展において把握される。弁証法的思考方法こそがヘーゲル哲学の根本をなす。客観的精神そのものは抽象的法から道徳、さらに人倫への弁証法的発展を示し、人倫もまた、家族から市民社会、さらに国家への弁証法的発展を示す。かようにして、トーマジウス、カントの思想系列において分離された法と道徳とは再び総合され、カントにおいて認められていた社会契約説は捨てられ、法及び国家は積極的な基礎づけが与えられる」というわけである。

(18) 中義勝「リストの特別予防論」平場安治(編)『刑罰の思想』(新有堂 昭和五三年)二四頁によると、「一九世紀後半になりまして、ヨーロッパ大陸諸国においては資本主義社会が発達し、各地に工場が林立して農村の人々が都市へ出かけて工場労働者になる。おさまりの景気の変動によって大量失業という現象が不可避になるとともに、大家族主義を維持できなくなった家庭が崩壊し、これにともなって累犯・少年犯が激増し、これに対する刑罰は相も変わらないうべ返しを繰り返すだけで、いっこうに犯罪の大波を鎮圧できず、従来刑罰の基礎にあるカント「ヘーゲル流の刑罰理論(自由意思にもとづく行為に対する応報刑に欠陥があるのではないか、というような反省もまたでてくる)」という事情が社会的背景にあった。

(19) 島田・前掲書(注1)一五―一八頁。

(20) 牧野英一『刑事学の新思潮と新刑法』(有斐閣 明治四二年)は、公刊されると、斬新な学理を説いたものとして学界に大きな衝動を与えた。

(21) 大塚仁『刑法における新・田舎派の理論』(日本評論社 昭和三三年)四三―六一頁。

(22) 島田・前掲書(注1)一九頁。

(23) 島田・前掲書(注1)二〇頁、団藤・前掲書(注7)二八頁。

(24) 島田・前掲書(注1)一八一―一九頁、二二頁で、島田博士は「当時の社会状態を見るのに、君主専制主義は、すでに亡び、立

憲法規がこれに代った。立憲法規は、君主の専断を制限し、個人の為に自由保護の武器となった。個人は、法規によって、凡ゆる方面に自由を獲得した。しかし、立法機関は新しく得た立法権を過度に濫用し、あらゆるものを法規の網で蔽うた。法規の洪水は人の頭上に氾濫し、国民は君主専制時代に君主に捧げた従順義務を以て、無数の法規に臣事せねばならなかった。政治上、特筆すべきこの政治形態の大変化は、超個人主義法律思想には、些かの影響も与えなかった。もともと立憲王政を提唱し、成文法を礼賛したヘーゲルの思想は、政治組織の変化によって、ますますその光輝を發揮した」と記述している。

(25) 島田・前掲書(注1)二二二頁。

(26) 島田博士のいう、自由主義とは、自由法運動のことのようであるが、團藤重光『法学の基礎』(第二版)(有斐閣 平成一九年)三〇六頁によると、「法実証主義と自由法論との関係は、一面においては、はっきりと対立的である。法実証主義の中とくに概念法学の対立者として現れて来たのが自由法論であった。これによって市民法から社会法への道が開かれるとともに、法実証主義から法学における社会実証主義(社会学的法学ないし法社会学)への展開が行われることになったわけである。」と説明される。

(27) 島田・前掲書(注1)二二二―二三頁。

(28) 團藤・前掲書(注26)三〇六頁。

(29) 新カント派、新ヘーゲル派については、團藤・前掲書(注26)二八一―二八五頁参照。

(30) 島田・前掲書(注1)二八頁は「牧野博士は、これとは反対に、一九世紀から二〇世紀へかけての社会制度は、個人主義から軍国主義または帝国主義に変わったのだとされ、個人が国家に対して権利を持つような思想は、之を第二次において、個人が如何に国家に寄与せねばならぬかということを考えねばならぬ、という見方をされている」と牧野博士の国家主義について述べ、「私のみるところでは、現代の個人は個人の外に独立して生存する国家を認めたのではなく、却って個人の内に、すなわち個人の目的と共通目的を有し、従って個人目的に従属する国家を認めたのである。法律の主観化ということは、この点から立言されねばならぬとわたくしは思う」という私見で結んでいる。この島田論文は、昭和八年に公刊されたものだが、ここで、肯定的に論じられている個人主義や自由主義は、まもなくいわゆる天皇機関説事件(昭和一〇年)後、神聖な「日本の国体」に合わない思想として天皇機関説とともに排斥される運命をたどる(山崎雅弘『天皇機関説』事件)(集英社 平成二九年二〇九―二一七頁参照)。

(1) 島田武夫『刑法の基礎的理論』(有斐閣 昭和八年)三〇―三三頁。

(2) 島田・前掲書(注1)三二頁。

(3) 島田・前掲書(注1)三四頁。

(4) 安平政吉「最近の刑法理論と日本刑法改正予備草案」『臺法月報』四卷三三頁(臺法月報発行所 昭和五年)二二頁。

(5) 今日においても、たとえば、前田雅英『刑法総論講義』(第七版)(東京大学出版会 平成三年)二二―二四頁は、刑罰が国民の規範意識や正義感にかなうものでなければ、刑罰制度は有効に機能しないととして、一般人に納得しうるような「道義的」非難を向け得る行為であるからこそ国民は処罰を納得し、刑罰の一般予防効果を期待することもできる、として道義的責任・応報刑・一般予防の国民意識のうえでの連関が、責任主義に不可欠であることを、強調している。犯罪行為に対する道義的改悛を求め、そのための環境を刑罰として与えるのが自由刑でこれによって一般人も納得するので、一般予防機能が生じるわけである。道義的改悛が求められることなく、受刑者の利益だけのための働きかけが刑罰だとすると、刑罰から社会性・道義性が消えてしまい受刑者は犯罪という悪を惹起した分、刑罰という悪報を甘受したからフィフティフィフティだとして道義的改悛をせずに、打算的に刑罰を受け止め、新たに犯罪を犯してもおかしくない心理状態にあると社会からみられるので、将来の本人や社会のいずれも彼による再犯から予防され難いであろう。

(6) 島田・前掲書(注1)三八―四〇頁。

(7) 島田・前掲書(注1)四〇―四一頁。

(8) 島田・前掲書(注1)四一―四三頁。

4

(1) 島田武夫『刑法の基礎的理論』(有斐閣 昭和八年)四八―五〇頁。ちなみに、ケルゼンはこれを *Soll-Subjekt*, *Soll-Objekt* としていた(Kelsen, *Hauptprobleme a a O.S.72*)。

(2) 佐伯千仞「島田教授の刑法概論」末広嚴太郎(編)『法律時報』四卷一〇号(日本評論社 昭和七年)二五一頁は、島田博士には「法律とは、全てが正しい共同意思である、というふうに見えている」のではないかとの一種の疑念を吐露しているかのようには思われる。

(3) 島田・前掲書(注1)五〇―五三頁。それゆえ、島田博士自身は、応報は、それ自体正義であるとは思わず、応報を理性の要求として必然的に正当と考えたカントに反対した。

- (4) 島田・前掲書(注1)五〇―五三頁。
 (5) 島田・前掲書(注1)五六―五七頁。

5

- (1) 島田武夫『刑法の基礎的理論』(有斐閣 昭和八年)六七頁。
 (2) 島田博士は人格責任論という言葉は積極的に用いないが、その体系書である『日本刑法新論総論』(松華堂 大正十三年)二六四頁では、「責任は性格を起点とする」とされており、先述した(一九頁)ように、島田博士においては人格は性格の一部であると定義されているから、これまでの記述からすると、島田説は原則として人格責任論を前提としていると、見てよいと思われる。

- (3) 団藤重光『刑法綱要総論』(第三版)(創文社 平成二年)五三一―五三七頁。なお、拙著『累犯加重の研究』(信山社 平成一七年)二七三―二七八頁は、これとは逆に累犯の行為・結果に刑罰加重の意味を持たせようとしたものであった。
 (4) 島田・前掲書(注1)二五七頁。だからといって、島田博士は、責任を性格の危険性と解する社会的責任論を肯定する立場をとるわけではない(島田・前掲書(注1)一八八―一九三頁)。

- (5) ただ、島田博士は人格がどのように、累犯や常習犯の加重刑を根拠づけるのかははっきり説明されていない。安平政吉『人格主義の刑法理論』(厳松堂 昭和十三年)四七―四八頁のような「人格の頹落」を考えるのか、団藤博士のような人格形成責任論(団藤重光「人格責任の理論」『法哲学四季報二号』(日本法哲学会 昭和十三年)一〇〇―一〇三頁)を採用するのか、平野博士のような性格論的責任論(平野龍一「人格責任と行為責任」『刑法の基礎』(東京大学出版会 昭和四一年)三二―三五頁)に依拠するのは不明である。

6

- (1) 島田武夫『刑法の基礎的理論』(有斐閣 昭和八年)二五七頁。
 (2) 島田武夫『日本刑法新論各論』(松華堂 大正一四年)三八八頁では「常習とは、慣行するの義なり」と述べているが、どのようなロジックで刑罰が加重されるのかは説明されていない。
 (3) 島田・前掲書(注1)六七頁。三井誠「人格責任をめぐる論争」三井誠Ⅱ町野朔Ⅱ中森喜彦(編)『刑法学のあゆみ』(有斐閣 昭和五年)一七五頁。

(4) この点につき、法律案については、法務省ホームページ(001368429.pdf, moi.go.jp)参照。また、長崎新聞に名執雅子法務省元矯正局長による、令和四年六月の刑法改正の意義の説明がなされているので、それを参照(「拘禁刑」創設 改正刑法の意義 法務省元矯正局長・名執雅子さんに聞く―長崎新聞 2022/06/14 [12:30] 公開(nagasaki-np.co.jp))。