

新潟中央短期大学

暁星論叢

第56号 抜刷

(平成17年6月)

団藤重光博士の学説の検討

馬場昭夫

団藤重光博士の学説の検討

馬場 昭夫

1 はじめに

団藤重光博士は、昭和10年（1935）に東京大学法学部を卒業後、小野清一郎博士の助手となられ、刑法、刑事訴訟法、刑事学を含む刑事法学の研究を開始された。以後現在に至るまで70年にわたって研究を継続してこられた。

この間、日本の国家、社会は大きな変動を経験してきた。ことに昭和20年（1945）のポツダム宣言受諾による敗戦、その後の新憲法の制定による自由主義、民主主義の理念にもとづく社会の変容はその時代に生きるほとんど全ての人々の想像を越える速さと内容を持っていた。博士の研究の軌跡がこの生きられた時代と無縁でないことは当然である。ほう大、深奥な博士の学説の全容を知ることは困難であるが、年代を追って検討させていただく。

2 団藤刑事法学の軌跡

団藤刑事法学の軌跡を次の様に年代区分する。

- 1 昭和10年（1935）～昭和18年（1943）
- 2 昭和18年（1943）～昭和20年（1945）
- 3 昭和20年（1945）～昭和32年（1957）
- 4 昭和32年（1957）～昭和54年（1979）
- 5 昭和54年（1979）～平成17年（2005）

(1) 昭和10年（1935）～昭和18年（1943）

時代が戦時体制に入り、急速に社会的関心を持った自由な研究ができなくなっていた為に刑事訴訟法の研究に最初にとりかかったとされる⁽¹⁾。

(2) 昭和18年（1943）～昭和20年（1945）

秘かには刑法についての研究も進められて人格形成責任論にたどりつかれた。

(3) 昭和20年（1945）～昭和32年（1957）

戦後の変革の時代に刑事訴訟法、刑法、少年法等の改正、立法にあたられた。刑法学については人格形成責任論にもとづいて「刑法綱要総論」が昭和32年（1957）に刊行された。「刑法綱要総論」では人格形成責任論と共に定型説も唱えられたが、従来の構成要件論に

対して何がつけ加わるのか私には理解できない。

(4) 昭和32年(1957)～昭和54年(1979)

「刑法綱要総論」とそこで展開された人格形成責任論に対して賛否の論が巻き起こった。人格形成責任論はメツガーの行状責任論に影響を受けて考案されたとあるが、メツガーは1933年11月24日法における危険な常習犯罪人に対するの刑の加重を理由づけるため考案したものであり、ヒトラーが政権を取ってすぐの秋に制定した法の系譜を引いていることで強い警戒を持たれた。また平野龍一博士は「常習犯人は人格障害者で、精神障害者であるとするならば、刑を加重するよりも、むしろ減軽しなければならない。」と指摘された。私は「1933年11月24日法における危険な常習犯罪人の概念(シヨルツ)」を訳出してメツガーが肯定したことがらがいかなるものであったかを発表した²⁾。

(5) 昭和54年(1979)～平成17年(2005)

人格責任論は団藤博士以前にも説く人があったが、人格の形成過程における責任についてまで対象とし、刑を対応させた説は団藤博士の人格形成責任論が最初であった。昭和32年の公表後、昭和38年頃からの厳しい批判の中で警戒が高まり継承する人は少ない。大塚仁博士、大谷実博士、そして自己の責任論は明らかにしていないが、「刑法綱要総論」の英訳を助けた佐伯仁志教授である。

団藤博士は「人格形成責任論はメツガーに影響を受けたというのは表面的なことで、私の信念です。いくら批判されてもわかりません。」そしてさらに「人間の主体性」ということを強調されるようになった。人格形成責任論は人間の主体性を重視する考えからでているもので、人格あるいは主体性を尊重することが変らない限り人格形成責任論はいくらナチスに関係があるなどといって批判されても説を再検討したり、変えたりしないといわれた³⁾。

学問は真理を日ざして研究するものである。法律学がそのような学問であるかはたびたび疑問が出され議論される。しかし、少なくとも論争、批判、反論はなされてよいのではないか。その積み重ねの中から何か新しい答が出て来るのではないか。

主体性の尊重といわれても、人間、生身の人間を中心にすえて考えることを主張されている、あるいは個人個人の意思を最大限尊重することを主張しておられるだけにすぎないように思われる。

人格、あるいは人格形成がいかに大切であるかの例証としてご自分の祖先にさかのぼっての生い立ちを詳しく述べられているが、たとえばその過程で非行、あるいは犯罪等があるのではなく、秀才のご苦勞はあったが、結果として出世されたお話である。

人間とは何か、人間の心の深いあり方について、フロイトの心理学、あるいは実存主義等、種々あげられて検討し、どの説、領域に対してもある程度「私は共鳴するところがあるが、少し違うのです。」という記述で終わっている。そして結局「禪の無」に近いとされ

る。師小野清一郎博士が仏教を信仰し、研究者にも強いたことは有名である。小野博士の仏教は浄土真宗と禅宗であったとお聞きしている。

禅宗にもいろいろあるが、曹洞宗は今回、大きな方向転換をした。

平成17年（2005年）4月25日に、世に「大逆事件」と言われる事件で明治44年（1911年）に死刑となった曹洞宗の僧内山愚童に対する顕彰碑除幕式及び追悼法要が行なわれた。

「内山愚童師の顕彰によせて」（曹洞宗）では次のように述べられている。

一九一一（明治四十四）年一月二十四日、箱根林泉寺住職内山愚童師は、「大逆罪」により幸徳秋水らとともに処刑されました。これが世にいう「大逆事件」です。この事件は、当時の政府が社会主義運動を一網打尽に壊滅させることを最大の目的とした、極めて冤罪性の強い暗黒裁判でした。愚童師の場合は、当時の不条理な国家権力への非難が昂じた発言にすぎなかったのです。

曹洞宗も国家権力へ追随するかたちで、死刑執行の前年一九一〇（明治四十三年）六月二十一日付で「宗内擯斥」処分とし、愚童師の僧籍を剥奪しました。

当時、世界の強国は軍事力をもって領土拡大に奔走していた時代であり、日本も例外ではありませんでした。国家は民衆の声や運動を封じ込めるために「大逆罪」を实体化し、その後の日本の体制のあり方と進路を決定づけました。これによって民衆は愚童師のいう「独立自活・相互扶助」の主体性をもつことを禁止され、人権や自由が抑圧され、世論が時の政治権力に都合の良いように操作されて、軍国主義の破局へと突き進んでいきました。

宗門も時の国家体制に追随し、信仰の自由と平和を希求する良心をも放棄し、仏教者の誓願に背き、教学を歪曲してまで、積極的に戦時体制に協力しました。

宗門は、真の仏教者であった愚童師に対して、あまりに不誠実であり冷酷でありました。人間としての尊厳と僧侶としての名誉を踏みにじったまま、八十有余年の歳月を埋もれさせてしまったのです。

一九九三（平成五）年四月十三日、ようやくにして「宗内擯斥」処分を取り消し、宗門僧侶としての名誉の回復を宣言いたしました。

私達は今日、愚童師の先見性に改めて刮目しなければなりません。

「戦争は総て罪惡也」

「人類の終局目的は独立自活・相互扶助にある」

「女子は男子の附屬物ではない」

と、あらゆる戦争を拒み、独立自由と、異なる立場の人々との共存を理想として掲げ、女性の人権尊重までも主張しています。

ここに、愚童師の仏教者としての遺徳をたたえ、宗門の罪過を心より懺謝するものです。

最後まで僧侶としての誇りを失わず、理想世界を冀い、泰然として死に臨んだ愚童師に対し、その確固たる信念を永く顕彰し、宗門として「人権の確立・平和の維持・環境の保

護」を啓発推進していくことを改めてここに誓願します。

団藤博士はこのような曹洞宗の変化に対してどのように思われるのであろうか。

3 刑事学

刑法総論、各論の議論は刑事学（犯罪の調査、刑罰論、刑事政策）において具体的な姿をあらわす。団藤博士には残念ながら見るべき刑事学の業績がない。人格形成責任論をとっている場合に、どのような現実になるのかが団藤博士の著作からは分からない。

人格形成責任論を継承する大塚仁博士が編集する「新刑事政策入門」において見てみることにする⁴。

(1) 人格

Ⅲ 犯罪の現象と原因 2 犯罪の原因一般（三原憲三朝日大学法学部教授執筆）(3) 素質・環境と行為者人格の関係 において次のように記されている。

要因研究は、当該要因の存在を手がかりにして、関連事象の発生を予測するということろにそのねらいがある。その要因が変更可能なものであれば、それに働きかけ、軽減除去することによって、問題事象の発生を押さえることができる。

近時、素質（遺伝）と環境だけでは人間の実像を結びにくいことから、行動の主体として人格という観念が設定されてきている。一般には、生物学的・遺伝学的存在としての人間が、物理的・社会的環境に対して適応していく過程にみられるある程度一貫した独自の行動傾向をいうと考えられている。

そうしたことを背景に、今日、人格の形成を通じて、犯罪の原因を素質と環境のダイナミズムのなかで理解しようとする考え方、すなわち力動的犯罪観が支配的になっている。人格の形成は素質と環境の全体的関連の中で把握され、人格を形成する契機として、行為者の素質、行為者の発達状態、現在までの環境的体験が重要だとされている。

もっとも、各要因の「動的な把握」は、事前予測の観点からしてみれば疑問がないわけではない。事前予測を言う限りでは、静的な要因の列挙とそれらと犯罪行為の関連性の確認による伝統的な判定スタイルにも、それなりの意味があるのである。

(2) 職業と犯罪

Ⅲ 犯罪の現象と原因 11 職業と犯罪（上野達彦三重大学人文学部教授執筆）(2) 失業と犯罪 において次のように記されている。

失業と犯罪、とくに財産犯罪が密接に関係していることは、すでにいくつかの研究によって明らかにされている。たとえばレーヴェによる第一次大戦前のドイツでの経済的不況期に窃盗罪が増加したとの指摘、エクスマーによる第一次大戦後のドイツにおいて失業者数と窃盗有罪被告人との平行関係についての指摘、小野清一郎による過去に犯罪が増加し

た時期と経済不況やその結果としての失業者の増大についての研究などがそれである。

なお、最近の資料（「平成4年の犯罪」）によると、平成4年中の「罪種別犯行時の職業別検挙人員」のなかで、失業者数は3474人であり、そのうち2056人が窃盗犯罪であった。これは、ほぼ6割にのぼる高い割合となっている。

失業が犯罪の誘引となる要因として、失業期間中の職場からの離脱は社会的コントロールをうけず、怠惰で不規則な生活によって道徳的に墮落した人格が形成されることに犯罪と結びつきやすいとされている。また家計を支えている者の失業は、家族に経済的圧迫をもたらす、少年の非行・犯罪や女性犯罪に影響しやすい環境をもたらすことにもなる。なお、吉益によれば、失職状態も基本的には同じで、職もなく時間を浪費しているときが最も危険である、とされた（吉益・犯罪学概論162頁）。

(3) 常習犯罪

V 主要な犯罪とその対策 3 常習犯罪とその対策（虫明満香川大学法学部教授執筆）(1) 常習犯罪の意義 において次のように記されている。

常習犯罪とは、常習犯人によって行われる犯罪のことをいうが、場合によっては、「労働嫌悪による職業犯人」、「傾向犯人」、「常軌を逸した放らつ者」、「状態犯人」、「慢性的または傾向的犯人」などと呼ばれることもある。そして、その対策は、19世紀後半以降、刑事政策上最も重要な国際的課題となっている。

なお、犯罪を累積的に反復するという意味において、常習犯は累犯と近似する。累犯とは、広義においては犯罪を反復して犯す者を意味するので、実際上常習犯と重なり合うことになる。ただし、刑法上の累犯は、刑法で定められた一定の要件を満たさなければならぬ。すなわち、懲役に処せられた者が、その執行を終わりまたは執行の免除があった日から5年以内にさらに罪を犯し、有期懲役に処すべきとき（56条1項）をいう。そしてこの場合には、その罪につき定めた懲役の長期の2倍以下の加重刑が科される（57条）。こうしてみると、常習犯人であっても初めて訴追された場合は、刑法上は初犯であって累犯ではなく、ここに常習犯と累犯の違いが現われる。

わが国の現行刑法上は、上述のように累犯の一般的規定が総則におかれているものの、常習犯に関する一般的規定は存在せず、刑法各則に常習賭博罪（186条1項）があるのみである。ただ、特別刑法として、「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」に常習強窃盗（2条）、常習累犯強窃盗（3条）、常習強盗傷人・強盗強姦（4条）、「暴力行為等処罰ニ関スル法律」に常習的傷害・暴行・脅迫・器物損壊（1条ノ3）、常習的面会強請・強談威迫（2条2項）などが置かれている。しかし、いずれにおいても、常習犯の定義およびその認定基準については法律上明確にされていない。

(3)常習犯罪の対策 において次のように記されている。

結局、常習犯罪者に対しては、現行制度で対処するほかない。すなわち、加重刑主義の

枠内で、仮釈放と保護観察を中心とする更正保護の活用を前提とし、特殊な社会治療的方法（精神医学的・心理学的・教育学的個別治療ならびに集団治療など）による改善を目的とした処遇が期待される場所である（石原明ほか・刑事政策398頁参照）。

4 平野龍一博士の見解

平野博士は1963（昭和38）年に「人格責任と行為責任」という記念碑的な論文を書かれた。⁽⁵⁾この中で団藤博士の人格形成責任論の問題点を初めて鋭く指摘された。

少し長くなるが、論文の要旨を記す。

- 目次
- 一 問題の所在
 - 二 常習犯人と行状責任
 - 三 刑の量定と人格
 - 四 犯罪の要素と行為者人格

一 問題の所在

ここで「責任」というのは非難可能性のことである。このように責任とは非難可能性だとすると、人格責任とは、人格そのものを非難の対象とするものであり、行為責任とは、行為を非難の対象とするものだということになる。行為とは意思にもとづく身体の動静およびこれによってひきおこされた外界の変動をいうから、行為が非難の対象だということは、この意思が非難の対象だということである。したがって、行為責任は意思責任ともいわれる。行為責任はまた個別行為責任ともよばれる。それは個々の意思活動およびこれにもとづく行為に対して責任を問うものだからである。これに対して人格責任は、個々の意思活動の背後にある人格そのものに責任を問おうとする。

「犯罪は行為である」ということは、近代刑法の一大原則だといってよい。「犯罪は行為である」というのは、行為として外にあらわれたときにはじめて刑罰の対象となるのであって、内心の状態、人格そのものをただちに刑罰の対象とするものではないというだけでなく、行為として表現された場合でも、その行為だけを非難の対象とするのであって、行為者の人格そのものを非難の対象とするものではないという趣旨である。次に、補充的に、二次的に性格責任ないし人格責任を認めることができるか否かが問題となる。それは主として次の三つの点において問題となる。第一は、法が明文で、行為だけではなく、行為者の人格そのものを刑罰の対象としているようにみえる場合である。とくに常習犯人が問題となる。第二は、法に明文がなくとも、刑の量定にあたっては、行為だけでなくその背後にある人格をも考慮すべきではないかという問題である。第三は、犯罪成立の要件として、すでに行為者の人格そのものが問題とされなければならないのではないか、という点である。

結論をさきにいえば、刑事責任は、第一次的にも第二次的にも、行為責任でなければならぬと思われる。

二 常習犯人と行状責任

常習犯人をどうしたらいいか。これに対しては伝統的な行為責任の原則にもとづく刑罰では不十分ではないか。これは新派と旧派との論争の焦点となった実践的な問題だった。この問題に対しては、いわゆる二元主義によって一応の解決が与えられた。行為責任に対しては刑罰を加え、行為者の危険性に対しては保安処分を課する。行為者の危険性そのものに対して責任を問うことはしない。これが二元主義の公式である。

ところが一九三三年ドイツ刑法の改正によって、「危険な常習犯人」に対して危険な常習犯人であるがゆえに重い刑が科されることになった（二〇条 a）。この法律によれば、数個の犯罪が行なわれ、「行為の総合的評価の結果危険な常習犯人」とであると認められるときに刑を加重する。他方、この法律は、同じ危険な常習犯人に対して保安処分をも規定した。（四二条 e）。加重された刑でもなお足りないときには、その刑の執行が終った後不定期の保安処分にまわすのである。

このように行為の危険性に対しては、刑とは別に保安処分が課されるのだとすると、刑の方は、行為者の責任を問う責任刑ということになる。しかも「危険な常習犯人」という人格特徴をもっているがゆえに刑が加重されるのであるから、その加重は行為に対するものではなく行為者そのものに対するものというほかはない。では「危険な常習犯人」とあるということについて、なぜ責任を問うことができるのだろうか。

この問題を解決するために考案されたのが、メツガーの行状責任論である。かれの説くところはほぼ次のとおりである。

行為者が「危険な常習犯人であること」すなわち、かれ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い。行為者が危険だというのは、将来犯罪反覆の蓋然性が高いというだけのことであって、そのこと自体に対して責任を問うことはできない。およそ責任は、そうでないことも「可能であった」とき、はじめて問うことができるものだからである。そうだとすると、そういう人格にならずにすんだ場合にはじめて人格そのものについて責任を問うことができるであろう。もしその者の日頃の行状が悪く、そのためにそういう人格になったものであるときは、そういう行状をしないこともできたはずであり、したがって、そういう人格にならずにすんだはずだということができる。そこでそうなったこと（So-geworden-sein）に対して責任を問うのである。この場合、危険な人格はいわば違法な結果であり、この結果をひきおこした意思ないし行為、すなわち人格形成行為に対して責任を問うことになる。行為者は窃盗や傷害などの犯罪行為の責任と、危険な人格をつくった行為の責任との両者をあわせて問われることになる。

しかしこの行状責任に対しては、種々の疑問が提起されている。

人格形成の過程を検討してみると、その過程は複雑であって有責なものと有責でないものを区別することは困難であり、不可能にちかい。現在の知識では、どのような行為がどのような人格をつくりあげるのか、その因果関係は明らかでない。まして行為者自身がその因果関係を意識することはほとんどないだろうし、注意すればどういう人格になるか予見できたはずだともいえない場合が多い。行為責任の原理をそのまま人格形成行為に適用すると、行為と結果との間に相当因果関係があり、行為者に結果についての故意、過失がなければならないであろうが、人格形成の過程はもっと複雑微妙で、右の原理ではとうてい説明しつくせないのである。

行状責任の考え方は、人格が、右のような有責な行為によってつくりあげられた部分と、なんともなしえない素質に由来する部分とからなっていると考えているようにみえる。しかし人格は、行為者の自由な人格形成行為と、かれがなんともなしえない素質との「合成物」ではない。人格形成行為それ自体もすでに素質によって制約されるし、素質も人格形成行為によって影響を受ける。人格形成行為には積極的な行為だけでなく消極的な不作為すなわち素質を改造しなかったことまでも含むはずであるが、そうだとすると素質も多かれ少なかれこれを改造することができたはずであるといえよう。たとえば常習犯人の多くは七、八歳のとき両親に愛情がなく、しつけに欠陥があったためだとする説がある。この場合、行為者が「なにをなしえたか」をはたして判断できるだろうか。もし七、八歳ではなにかをなしえたとはいえないというのであれば、常習犯人の大部分は重い責任を問うことができなくなるであろう。また友人関係が悪いために常習犯人になるのだとする説もある。そうだとすると、これからぬけ出すことがどの程度に可能であったかは簡単に判断できることではない。

三 刑の量定と人格

一度考察された行状責任の原理は、その本来の領域をこえて、他の領域にも進出した。まず第一は刑の量定の領域である。刑法は「人を殺した」もの、「他人の財物を窃取した」ものに一定の枠の法定刑を規定しており、刑の量定はその行為に対してなされる。しかしメツガーは、刑の量定にも行状責任を考慮すべきだとする。常習犯人に対して明文で刑が加重されるのは特別の場合であるが、そうでない場合でも多かれ少なかれ行為者の人格には危険性が認められるだろうから、そうなったことについて責任が認められるかぎり、これを刑の量定に考慮すべきだというのであろう。

四 犯罪の要素と行為者人格

行状責任論の影響は、刑の量定の分野にとどまらなかった。問題になるのは、故意、過

失、違法の意識、責任能力などの点である。

- (1)故意 故意とは犯罪事実を認識し、これを意思的に実現した場合であるとされている。そのいわゆる意思的要素がどのようなものであるかについてはまだ争いがあるが、少なくとも犯罪事実の認識が必要だという点については、最近までは問題がなかったといつてよい。ところが最近では、人格責任の立場から、この点についても疑問が提起されている。刑法はやはり意識の世界にとどまり、認識したことしか意思できないという行為責任の原則を維持するほかはないと思われる。
- (2)過失 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る。
- (3)違法の意識 違法の意識が故意の要件であるとするならば、日頃の行状が非難すべきだとはいっても、それが違法であることに気がつかないという過失のつきかさにすぎない場合には、故意の責任を問うことはできないだろう。もし「法に対する敵対的な態度」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である」場合には、故意の責任を問うことができるとするならば、それは行為のとき、すなわち犯罪事実を認識したにもかかわらず行為をしたそのときに問題にされなければならない。
- (4)責任能力 責任能力は「人格的能力」の問題であるだけに、人格そのものが直接に判断の対象とされる可能性はより強いといえよう。

5 内藤謙名誉教授の見解

内藤名誉教授の団藤博士に対する評価、位置づけについて「刑法原論」において見てみる。¹⁶⁾

II 刑法の基礎理論 10 現代刑法理論の基本動向

現代の問題状況

第二次大戦後の日本国憲法における天皇主権から国民主権への変革、基本的人権尊重の原理は、刑法理論の基礎について、少なくとも、国家刑罰権の根拠と限界、罪刑法定主義の根拠と内容、刑法の機能を新たに問い直すことを要請したはずである。それに対応して、戦後の刑法理論は、戦前の近代天皇制国家と明治憲法のもとにおける「学派の争い」にあつては、「新派」にも「古典派」(「旧派」)にも、その主流に濃厚に現れていた国家主義的・権威主義的側面からの脱却を試みているといえよう。

この状況の中で、人権保障の重要性が再認識され、罪刑法定主義、法の適性な手続が強調されることになった。世界人権宣言(1948年)も罪刑法定主義を宣言した。罪刑法定主義は、たしかに近代刑法の基本原則であり、現代刑法理論にとっても、最も重要な前提である。しかし、罪刑法定主義を形式的に強調することだけによって、「古典派」と「新派」

の対立が投げかけた問題が解消してしまうわけではない。とくに、現代における刑法制度と立法の在り方との関連で、「新派」によって提起された刑罰制度の改革と犯罪者処遇の問題にもつよい関心があつまり、それと「古典派」とくに前期古典派の基調にあると考えられてきた人権保障の要請とが調和しうるか、あるいはまた、どのように調和させるべきかが問題になっている。そして、とくに、価値観の多様化した現代社会のなかで、人権保障の要請にこたえ、また、犯罪と刑罰を機能的・合理的・経験的に検討しようとするとき、①何を犯罪としてとりあげ、刑法による干渉の対象としてよいか(「犯罪化」・「非犯罪化」の問題)、②刑罰を軽減し、あるいは刑罰に代えて他の非刑罰的制裁をもってするのが妥当な場合があるのではないか(「非刑罰化」denepalizationの問題)、さらにまた、③犯罪者を逮捕し、裁判し、刑を執行するという伝統的な刑事司法過程の最も簡明な図式からの意識的な離脱をはかり、犯罪の非刑罰的処理を試みることをどのように評価すべきか(ダイバージョン diversionの問題)などが、国際的にも、そして日本でも論議の対象となっている。

現代刑法理論の2つの基本動向

このような問題状況において、現代刑法理論は、どのような動向を示しているであろうか。

現代刑法理論の基本動向をとらえるとき、その大きな流れの1つは、後期古典派的な道義的責任論と道義的応報刑論の基本的枠組みのなかに新派の主張をある程度までとりいれようとする傾向にあるといえよう。日本の戦後刑法学についてみても、①刑法の社会倫理維持機能の重視を前提にして、②刑罰理論においては、刑罰は、犯罪に対する道義的(社会倫理的)非難の表現として犯罪に均衡するものとして加えられるという意味で応報であり、そのような道義的応報であることによって一般人・行為者の規範意識を覚醒・強化して一般予防・特別予防の作用をもちうるとし、③犯罪理論においては、違法の実質は社会倫理規範に違反することであり、責任の本質は道義的(社会倫理的)非難可能性である、とする立場が有力に主張されている(団藤重光、福田平、大塚仁ら)。

このような、後期古典派の基本的枠組みのなかにある刑法理論の動向に対して、異なる視点から問題をとりあげようとする第2の動向も有力になっている。日本の戦後刑法学についてみれば、①刑法の機能的考察に結びつく人権保障機能と法益保護機能、この両機能に内在する謙抑性の原則の重視を前提にして、②刑罰理論においては、道義的応報刑論に疑問を提起し、刑罰の効果と限界を機能的・合理的・経験的に検討して犯罪予防・犯罪者処遇など刑事政策の問題を直視するとともに、刑罰の一般予防と特別予防の目的・作用に注目しつつも、人権保障の見地から行為責任によって犯罪予防の目的・作用に限界を設定しようとし、③犯罪理論においては、違法の実質は社会倫理規範違反ではなく法益の侵害・危険化であり、責任の本質は道義的非難可能性ではなく、刑罰という手段による法的非

難可能性（可罰的責任）であるとして、客観主義犯罪論を明確化しようとする立場も有力になりつつある（佐伯千仞、平野龍一、中山研一ら）。この第2の動向は、刑法理論の系譜からみれば、近代刑法理論の原点としての前期古典派に注目することから出発して、刑罰理論においては新派の問題提起をうけとめつつ、それに人権保障の見地から限界を設定し、犯罪理論においては前期・後期古典派の客観主義を発展させようとするものといえよう。

本書は、基本的にはこの第2の動向のなかにあつて、犯罪と刑罰の問題を考えようとするものである。しかし、第1の動向にある刑法理論との関係では、そこにいう「社会倫理」ないし「道義」の内容がどのようなものであるかによって、2つの動向のあいだに総合ないし接近の可能性があるように思われる。

6 私見

1963年（昭和38年）秋に、団藤著「刑法綱要」を読んで深い疑問を感じた。常習犯に対する刑の加重の可能性を納得させる論である人格形成責任論に対して、何か恐ろしい、これは何かこれではいけないという気持ちになったことを現在でも思い出す。この年には平野博士の前記論文が発表されていたことが背景にあつたと思われるが、私はどうしてもこの疑問を解こうと思い刑法の研究を志した。1966年（昭和41年）宮内裕先生の御指導をいただくべく京都大学大学院に進んだ。1966年（昭和41年）度のゼミナールではロッツの常習犯についての論文を読んだ。1967年（昭和42年）3月に宮内先生はドイツに留学された。私は、ドイツが統一される前の、各ラント（支邦）に分かれている時代における各ラントの刑法典を調べて、累行犯の規定の変遷をたどった。宮内先生はまことに残念なことに、1968年（昭和43年）2月25日にドイツの留学先で急死された。1968年（昭和43年）春、私は、資本主義社会において、産業予備軍（失業者）の収入が賃金（労働力の再生産費用）未満であることに気づいた。1969年（昭和44年）2月に修士論文（ドイツ支邦法時代における累行窃盗の増大と刑法の変遷）⁽⁷⁾を提出した。当時、大学紛争によって講堂は焼かれ、研究室は破壊されたが、何とか事務室に提出した。

大学院の博士課程において、ドイツの1933年11月24日法に関する文献を京大の法学部図書館で発見した。（Wolfgang Scholz, Der Begriff des gefährlichen Gewohnheitsverbrechens nach dem Gesetz vom 24. 11. 1933）1971年（昭46年）2月、私の下宿が火事で類焼したが文献は焼失を免がれた。1971年（昭46年）8月翻訳紹介論文を書き「法学論叢」（京大法学部）に発表した。（「ヴォルフガング・ショルツ 一九三三年十一月二四日法における危険な常習犯罪人の概念」⁽⁸⁾）

以下、どのようにして研究を進めたかの例証として「ドイツ・支邦法時代における累行窃盗の増大と刑法の変遷」の中の「（補論）刑法についての考察」を引用する。

法についての考察の到達点

“法”と呼ばれる、人間の歴史につきまわってきた多種多様な、複雑な込み入ったものについての考察は、西洋においても、東洋においても古くからなされてきたが、一八世紀、一九世紀以降、ヨーロッパを中心として生成、発展した資本主義は、プロレタリアートという、“法”をまったく新しい立場から見直す新しい階級を生み出し、唯物史観という新しい世界観、新しい歴史観を成立させた。

一八四〇年代に胎動、生成を見たこの新しい社会観、歴史観は、一八五九年、一応の定式化を見た。(Karl Marx, Zur kritik der Politischen Ökonomie (序言「法的諸関係ならびに国家諸形態は、それ自体からも、また、いわゆる人間精神の一般的発展からも理解されるものではなく、むしろ、物質的な諸関係に根ざしているものであって…」))社会の構造の根底は経済現象であり、法や、政治、諸イデオロギー、文化現象は、社会の構造の中で上部に位置し、根底、土台をなす経済現象に基本的には規定されるものである。また、経済現象を分析することによって、社会の運動、歴史の発展を支配している法則を握むことができるのであって、法等の上部構造は、基本的には、この運動法則に規定されているというものである。

唯物史観の研究、形成は、一八四〇年代初期、中期にはヘーゲルや歴史法学派の法学の研究から始められたが、やがて、経済現象の研究に進み、一八六七年、新しい経済学の一応の完成を見た。(Karl Marx, Das Kapital)

ブルジョワ社会の法(ブルジョワ法)に、この新しい世界観からの、かなり本格的な考察の手が届いたのは、一八八六年に至ってであった。(Friedrich Engels, Juristen – Sozialismus)

中世の神学的世界観に対して、近世ブルジョワジーの世界観の中心は、権利によって組み立てられた法的世界観(die juristische Weltanschauung)であり、そして、ブルジョワ社会に成立する規範、さらに、そのもとともなっているローマ法は、商品生産、交換を維持するための規範の構造を持っているものであることが指摘された。

狭くドイツをとってみても、法ドグマティークの生成、発展の世界と、唯物史観の世界とは、まったく接触がないまま独自の道を歩んできたのであるが、プロレタリアートの力の増大、発展に伴って、ブルジョワジーとの衝突は激化し、そのことは、ブルジョワジーの世界観である法的世界観、法的世界観との衝突の激化をもたらし、あらためて、法についての研究の発展を必至ならしめた。

しかし、その後、ドイツにおいては、新カント派哲学に基づく法学が盛んとなり、これ以降ドイツにおける唯物弁証法の発展は途絶えた。

一九一七年のロシア社会主義革命の後、一九二四年にバシュカーニスの「法の一般理論

とマルクス主義」が出て、法の研究は画期的な飛躍をとげ、新しい時代を迎えた。

商品の交換という経済過程を反映するものとして、ブルジョワ法を理解し直すということは、確かに、彼自身が言っているように、アメリカ大陸の発見にも匹敵する指摘であったが、原初的には、前記のごとく、既に指摘されていたことであったともいえる。

しかし、ブルジョワ法についての該博な知識を、法律家として、右の観点で整理して提示したことは、当時のソヴィエト連邦の位置ともあいまって、既成の法律家、法律学や、その後の法律学に対して、決定的ともいえる影響力を持ったといえるのである。

パシュカーニスを頂点とするソヴィエト法学の旺盛な理論的、実践的活動は、一九三〇年代に入って抑圧された。

ここまで見てきた法の考察の流れは、世界的に見て、その後、日本に受けつがれたといっているのではないかと思う。

極めて複雑な社会構造と、矛盾の集中、激化は、それらを解明し、解決するための激しい理論的活動を促したといえる。

一九二〇年代に入って、法についての理論的考察の活動は活発化したが、一九三〇年（昭和五年）の前記パシュカーニス著書の紹介（山之内一郎訳「法の一般理論とマルキシズム」（改造社、昭和五年）は、その後の発展の素地を作ったといえる。

パシュカーニスにあって、商品の交換過程のみに注目して、生産過程との統一的把握を看過し、権力の契機を軽視した法の把え方がなされていることを批判しながら紹介した加古祐二郎（加古祐二郎「近代法の形態性に就て——法の本質把握への一通路として——」（昭和九）「近代法の基礎構造」（日本評論社、昭和三九年）所収）は、他の諸論稿と共に、第二次大戦前の法についての考察の、世界のピークをなしたといえるであろう。

第二次大戦中の抑圧の時代にも、さらに前進する準備がなされていた。

商品生産、交換社会は、具体的にどのような規範を要求するのか、それはブルジョワ法において、どのように実証されるか、という課題の解釈をめぐって、種々の試みがなされたが、その中にあって、昭和二四年（一九四九）川島武宜「所有権法の理論」が一応の成功を収め、その後の日本の法学、特に私法学を指導することとなった。戦後の日本の法学は、この優れた基礎理論を得て、多彩な成果を収めたといえる。

刑法についての考察

法についての考察の以上の流れの中で、刑法、広く言って犯罪と刑罰についての考察は、あまり見るべき成果がなかったように思われる。

確かに、パシュカーニスに依拠しての、犯罪と刑罰との等価性などは、よく指摘されるが、もっと広く、多くの問題が考察されなければならない。

ブルジョワ社会（有産者社会）について考えてみる。

ブルジョワは、何人によっても拘束されない、自由な個人的な生産活動、商品活動が、各個人に平等に繁栄の機会を与え、かつ、現実に繁栄し、また、社会全体も繁栄すると考え、それを保障する法規範、国家体制を要求し、作り上げた。

そして、自由な商品交換を成り立たせるモメントが、法的主体性、私的所有、契約の三つであることが、「所有権法の理論」によって指摘され、実証されたのであった。

刑法については、生命、身体を平等に絶対的に守ることによって、法的主体性を確保し、財産を平等に絶対的に守ることによって私的所有を確保することとなる。

ところで、商品の中には労働力という商品も含まれる。また賃金労働者の他に産業予備軍（失業者）が存する。賃金労働者の受けとる賃金は、労働力の再生産費用である。これは、生きるに要する最低の費用である。産業予備軍に属する人達は、これ未満であるから、すなわち生きられない。

ここに、累行窃盗増大の法則性があるといえるであろう。もちろん、社会保障等のメカニズムがあり、いくらかは緩和されるが、基本的には変わらないであろう。

累行窃盗に対して、いかなる姿勢をとるかは、その人、その人の社会的な立場を決める基本的な要因となるのではないかと思われる。⁽⁹⁾

次に、団藤博士が参考としたメツガーの行状責任論が登場した契機となった一九三三年十一月二四日法はどのようなものであったかを知るために紹介論文「ヴォルフガング・シヨルツ 一九三三年十一月二四日法における危険な常習犯罪人の概念、1935年」から引用する。

序

最近一〇年間、刑法学が、繰り返し、問題としてきた、最も重要な問題の一つは、常習犯罪人の取扱いである。その解決は、特に、前世紀後半において、私経済の強力な勃興と同時に、慢性的犯罪の一定の増大が認められることによって、緊急のものとなった。戦時（第一次大戦）及び戦後は、この社会敵対的な害悪の拡大については、ただ、促進的にのみ作用した。統計、前科の数についての叙述が、雄弁に、このこと語っている。

確かに、人々は、すでに、早い時期に、社会が、切迫する危険に対して、もっと強化された手段で対抗すべき必要性を認めていた。しかし、法律上の手がかりが欠けていた。一八七一年の刑法典の規定は、まったく不十分なものであった。慢性的な犯罪に対する、根本的な刑の加重は、一般的には認められない。個々の犯罪類型において、その選択は、明らかに、何らかの体系に従ってというよりも、伝統によるのであるが、常習性が刑罰加重の、あるいは、また刑罰を基礎づけるメルクマールとしてある。——しかし、これに反し

て、まさに、度重ねて、常習的に行なわれる行為、窃盗、詐欺においては、刑罰加重は、常習性からは、ひきだされないで、ここでは、多くの場合、刑罰加重は、単に、客観的な、累犯のメルクマールに結びつけられる。これは、一方では、度重ねて行なう、機会犯人に対しては、厳しいことになるが、他方、その特別の前提からして、刑罰が、しばしば、形式的な理由から、慢性的な犯罪に対して拒否されるのである。

民族社会主義国家は、その目の前にある多くの課題の中で、刑法の改正にとりかかり、そして、早期に、これをなしとげてしまうであろう。特に必要とされる部分の立法の仕事は、特別法でなされた。危険な常習犯罪人と、保安及び改善処分についての一九三三年一月二四日の法律が成立した。現在、立法的に定められた形式における危険な常習犯罪人の概念を、明確にすることが、この本の課題である。その際には、新しいドイツ刑法を支配する思想が、導きの糸とされなければならない。すなわち、犯罪的意思に対する正義の贖罪と、個人の利益に対する民族共同体の保護の優越である。この二つの原則の間の正しい関係を定めることが、この本の主たる課題でなければならない。

新しい法律が、刑法典に盛り込んだ注目すべき規定を、まず見てみよう。

二十条 a、既に二度、有効な有罪判決を受けた者が、新しい故意行為によって、自由刑を受け、そして、彼が、危険な常習犯罪人であるという、行為の全体的評価を受けた場合には、その新しい行為が、五年以下の刑であるならば、五年までの懲役に、新しい行為が、この刑の加重なしに、重罪である場合には、一五年までの懲役が言渡され得る。刑の加重は、二つの前置の有罪判決が、重罪または故意の軽罪についてなされたものであり、そして、そのそれぞれが、死刑、懲役、または、六ヶ月以上の禁錮にあたることを前提とする。

ある者が少なくとも、三つの故意行為をなし、そして、彼が、危険な常習犯罪人であるという、行為の全体的評価を受けた場合には、裁判所は、個々の行為について、例え、第一項で、上述した前提が満たされない場合にも、刑を加重することができる。

前の判決は、判決の開始と、次の行為との間に、五年以上経過している場合には、考慮されない。有効に判決されない前の行為は、それと、次の行為との間に、五年以上が経過している場合には、考慮されない。期間には、行為者が、自由刑を受刑していた時間、または、公規則によって施設に拘禁されていた時間は、算入されない。外国の有罪判決は、罰せられた行為が、ドイツの法律によっても、やはり重罪、または、故意の軽罪である場合には、国内の有罪判決と同等である。

四二条 e、ある者が、二十条 a で、危険な常習犯罪人として、有罪判決を受けた場合には、公共の安全が必要としている場合には、刑罰と並んで、保安監置を命ずることができる。

I 常習犯罪人

1 常習性の概念

常習性は、我々にとって、人間の活動の基礎として現われる。その本質は、従って、行為の起源の認識から、解明されるであろう。その際、意思、または、意識の関与なしになされる行為は、——特に、反射行為——、考察から除外される。なぜならば、それらの行為にあっては、人間は、単に、因果系列の客体として現われるからである。行為が意思活動である限りにおいてのみ、この研究の対象となる。

個々の意思行為の前提は、思考過程である。活動する人間の精神は、近い、または、遠い将来に横たわる現象、または、結果の表象と絶たれることなく、営まれている。

表象には、それが、一般に、内容的に、思考の本質との関係で欠かせない限りにおいて、その現在の感情の状態からして、快、または不快にいろどられた感情が結びついている。その感情は、表象されたものの実現を促し、または、それから離れてゆく。しかし、行為あるいは、不行為についての決断は、いつも、単に、この感情の方向に従っているのではない。

最初の表象の作用によって、決定がなされた場合、意思が行為になる。

しかし、この際、表象の感情的評価の、個々人における差異に、さらに、多くのことがらが影響する。素質、個々人の環境、教育経験である。これらは、すべて、絶えず、一定の精神的形成に作用しているのである。

これらを通して、次第に、行為、特に、外界の刺激に対する反作用は、偶然にしばられなくなる。そして、また、次第に、意思決定についての、理解に基づいた熟慮の影響は、可能な限り、少なくなってゆくだろう。意識の視野に現われてくる表象の評価について、「支配的になった感情形態」が決定的となる。しかし、このようにして成立する行為を、性向行為 (Neigungshandlung) と名付けるならば、ここでは、まだ、表象と、そして、反対表象の役割が、その本質において侵害されないで残っているということによって、常習性に従った行為から区別されるのである。

常習的行為 (Gewohnheitsmäßigen Tun) は、性向行為においてよりは、意思形成についての、偶然的な影響は、ずっと強く押し戻される。同じ刺激が、たびたび再び現われる場合において、意思形成が、ほぼ自動的に現われるようになる。この状態に達した時に、我々は、常習性と呼ぶのである。

常習性は、精神構造の変更として現われる。

常習性とは、同じ表象系列の繰り返しから得られた優越した価値によって、同じ最初の表象が、再び現われた場合には、他の、——相当する——意思の活動可能性に優越する、それ故に、行為にとって決定的であるところの、意思の方向である。

2 犯罪的常習性

すべての、刑罰威嚇によって導かれた抑制が、繰り返しによって押し除けられた場合で

ある。

3 常習犯罪人の概念の展開

ヴァールベルクは常習犯罪人と機会犯罪人とを対置し、各個別の犯罪構成要件に立ち入って解明した。

4 一九三三年・十一・二四法における、常習犯罪人の概念

これまで、刑法学は、さまざまな方法で、慢性的犯罪者（*chronische Verbrecher*）に対する有効な闘いを可能にするために努めてきた。

民族社会主義刑法の支配的思想は、犯罪的侵害者に対する、民族共同体の保護であり、刑法典は、法侵害者の“マゲナ・カルタ”ではない。

この法律において使用されている“常習犯罪人”という概念は、すべての慢性的犯罪者を含む、ということが言われるのである。

5 常習犯罪人の内的メルクマール——犯罪への準備——

犯罪への準備こそが、行為者を、内的に、常習犯罪人として特徴づけるものであるといえる。

この法律においては、常習性は、1及び2で述べた本来の常習性よりもより広く捉えられた概念である。財産犯罪人、風俗犯罪人、粗暴犯罪人はもちろんのこと、慢性的な政治犯罪人も、この法律の意味における常習犯罪人である。

II 危険性

6 危険性の概念

7 切迫する侵害

8 侵害の切迫

9 行為の全体的評価 結論

法を破る者は、次の場合に、危険な常習犯罪人である。すなわち、彼によって、少なくとも三回なされた、——法律的には、もっと詳しく規定されているが、——重罪、または故意の軽罪から、彼が、特に重い、あるいは、特に迅速に連続する重罪、または、故意の軽罪をなすに適するということで、国家によって保護される利益に対して、注目すべき脅威である同じ内的準備から、これらの行為をなしたということが、推定される場合である。

注

(1) 団藤重光「我が心の旅路」2001年 有斐閣

(2) 馬場昭夫「1933年11月24日法における危険な常習犯罪人の概念」(「刑法学入門」1996年慶友社所収)

(3) 団藤重光「我が心の旅路」2001年 有斐閣

- (4) 大塚仁編「新刑事政策入門」1995年 青林書院
- (5) 日本刑法学会「刑法講座3」1963年 有斐閣 所収
平野龍一「刑法の基礎」1966年 東京大学出版会 所収
- (6) 内藤謙「刑法原論」1997年 岩波書店
- (7) 馬場昭夫「刑法学入門」1996年 慶友社所収
- (8) 同上 所収
- (9) 詳しくは上記「刑法学入門」参照

本研究は新潟中央短期大学平成16年度プロジェクト研究促進経費の援助を受けて行なった。