

常習犯と違法性の意識

内田文昭

目次

一 問題提起

二 常習犯概念

一 総説

二 常習犯否認論の検討と常習犯概念の確立

三 常習性と行為性

四 常習性と行為者性

三 常習犯の心的特性

一 常習犯と自由意思・責任能力

二 常習犯と動機づけ・抑制表象

三 常習犯と人間的感動

四 常習犯における「違法性の意識」

一 総説

二 強靱な犯罪意思

三 常習犯における「驚きの不存在」

四 規範連関の逆転・倒錯

五 「違法性の同時意識」

六 「事物思想的違法性の意識」

七 「思いめぐらすこと」の要否

五 結 論

一 問題提起

一 一九五二年三月一八日ドイツ連邦裁判所刑事連合部決定（連邦裁判所刑事判例集二卷一九四頁以下）は、故意と違法性の意識の関係につき、極めて重要な判断を示した。⁽¹⁾ その骨子は、以下の通りである。――

ドイツ帝国裁判所は、錯誤を「事実の錯誤」と「法律の錯誤」とに区別する伝統的な考え方の下に、「事実の錯誤は故意を阻却する」が「法律の錯誤は故意を阻却しない」という態度を固持し続けた。法律の錯誤は故意を阻却しないというのは、「刑罰法規の錯誤」は顧慮に値せず、したがって、「違法性の意識」は可罰性の要件ではないということとを意味する（刑事判例集二卷一九七頁～二〇〇頁）。

これに対して、学説の多くは批判的であり、下級審判例も、一九四五年以降は、「故意犯」としての処罰には、「違法性の意識」の存在ないしは「違法性の意識の可能性」を必要とすると解するものがふえはじめた。⁽²⁾ これは、正しい

方向を示すものである(同二〇〇頁)。

そもそも、刑罰は「責任」を前提とする。責任とは「非難可能性」である。行為者は合法に行動しえたのに不法な行為に出たという「非難」を加えるのが、責任判断である。⁽³⁾責任非難の内的根拠は、人間が、自由で責任のある人間的自己決定を行うことが可能であり、それ故に、「不法」を排し、「合法」を選択する能力を有しているという点にある。責任無能力者は、法律上、この能力を欠くのである。⁽⁴⁾尤も、責任能力者でも、ときには「不法」を行うという判断に達しえないことがある。「禁止規範」を知らなかったか、これを誤解した場合である。「禁止の錯誤」がこれである。しかし、すべての禁止の錯誤が責任非難を排除するわけではない。人間は、自由な自己決定ができるのであるから、常に責任ある決定を下すよう「要請」されているといわなければならないからである(同二〇〇頁～二〇一頁)。

この「義務」は、行為者が、不法であると「鮮明に思い浮かべる(klar vor Augen stehen)」ことを実行しないとただけでは十分に履行されたとはいえない。むしろ、ことを開始するに当たって、常に、それが法的要請に適合するかどうかにつき、「意識的になるよう努める(sich bewußt machen)」べきなのである。行為者は、「疑念(Zweifel)」を「熟慮(Nachdenken)」と「照合(Erkundigung)」によって払拭しなければならぬわけである。そのためには、良心の緊張が必要である。その程度は、個々の場合の具体的な事情と個々人の生活関係・職業領域に依存する。行為者が、期待された良心の緊張にもかかわらず、行為が不法であることの理解に達しえなかったときは、錯誤は避けえなかったのである。この場合は、その者に対する責任非難は生じえないことになる(同二〇一頁～二〇四頁)。

「事実的故意」の存在にもかかわらず、「禁止の錯誤」が生じた場合の処理については、現在、二つの解決策が提示されている。第一は、「故意説」と呼ばれ、故意犯の成立には、「事実的故意」と共に「違法性の意識」が必要であるとされるものである。したがって、故意説によれば、違法性の意識が欠けた場合には、それが避けがたいものである

ときは「不可罰」である。それが避けえたものであるときは、構成要件該当事実の認識すなわち事実故意の存在にもかかわらず、過失処罰が明定されている限りにおいて「過失犯」として処罰されうるにすぎないということになる。第二は、「責任説」と呼ばれ、故意犯の成立には、行為を行うに当たり、それが「不法」であるということを経済的に認めた上で充分であると考へる。尤も、避けがたい「禁止の錯誤」に陥った者が「責任」から解放されることは、当然である。禁止の錯誤は、それが自己の責任に基づくものでないときは「責任阻却事由」となるが、それが自己の責任に基づくものであるときは、「責任減少事由」となりうるのみである。「違法性の意識」ないしは「違法性の意識の可能性」は、「故意」に対する関係で、独立した責任要素となる(同二〇四頁〜二〇五頁)。

「故意説」は、「事実の錯誤」と「禁止の錯誤」の区分を新たに立てることなしに、均しく刑法五九条により処理しうることになるという可能性を提示した点で、長所をもっているようにみえる。⁽⁵⁾しかし、この長所は、行為者が、構成要件実現の瞬間に、その行為が不法であるということを意識したときのみ故意犯の成立を肯定しうるにすぎないという点で、短所を包蔵しているといわなければならない。重大な犯罪は、むしろ、強度の興奮や激しい情動に駆られて実行されることが多いのである。このような心的状態にある行為者は、それ自体としては知っていた禁止をしばしば意識せず、ときには、行為が不法であるかどうかの問題を熟慮しえない状態に陥るのである。しかし、責任非難は可能である。その者には、良心の緊張が求められているからである。しかし、「故意説」に従うならば、このような行為は、過失処罰が明定されていない限り、これを無罪としなければならない。これは、刑事政策的に到底耐えられない結論であろう。これを避けるためには、裁判官は、行為者は違法性の意識をもっていたという「擬制」に出るしかないのである。同様のことは、「確信犯」や、責任能力者でありながら「人間的感動力を失った常習犯 (der zu sittlichen Regungen nicht mehr fähige abgestumpte Gewohnheitsverbrecher)」についても妥当する。いずれも、

その「法敵対的基本姿勢」⁽⁶⁾の故に、自己の行為の違法性の意識に到達しえないからである。「ギルトナー草案」は、したがって、行為者は、法秩序に反するその恣意的判断に訴えてはならないとせざるをえなかったのである。⁽⁷⁾同様に、現在でも、違法性の意識に欠ける行為者は故意に行為してはいないが、恰も違法性の意識を有しているかのよう扱われてよいとする提案が行われている。⁽⁸⁾しかし、このような「修正」は、故意説の基本的態度に矛盾する。しかも、故意説による「修正」は、過失犯が処罰される場合にのみ、故意犯として扱われうるが、過失処罰規定を欠いている多くの犯罪については、違法性の意識が欠如する場合には「不可罰」とせざるをえないのである。⁽⁹⁾かくて、「ギルトナー草案」は、「一般的な法的過失犯」という責任形式を提案するに至ったのである(同二〇五―二〇八頁)。

これに対して、「責任説」は、「法的過失犯」という觀念に訴えるまでもなしに、「事実的故意」をそのまま故意犯として処罰しうる基礎を提示する。裁判官を、「違法性の意識」の確定に拘束する必要もないのである。しかも、「責任」の程度に応じた科刑を可能にするという長所をもっている。禁止の錯誤につき、「責任減少」⁽¹⁰⁾を可能ならしめるからである。さらに、「法敵対性」に例外的処理を施す必要もなくなる。「確信犯」の責任は、行為者が、社会の価値体系に反抗して、自己の価値秩序を意識的に代置したにすぎないという点に求められる。「感動力を失った常習犯」は、可罰的な生活を送ることにより、人間的価値による「覚せい可能性」と、良心の緊張による「不法了知」に到達する力を失ったのである。その責任は、「行状責任 (Lebensführungsschuld)」なのである(同二〇八頁―二〇九頁)。

二 周知のように、本決定は、「事実の錯誤」と「法律の錯誤」という従来の区分に代えて、「事実の錯誤」と「禁止の錯誤」という分類を立て、構成要件の故意の存在を前提とする「禁止の錯誤」は、それが不可避なものでない限り「故意責任」を阻却することはないという「責任説」に依拠することを明確に宣言したものであり、その後の判例

の先駆的意義を有し、かつ、ドイツ刑法の新規定一七条の制定に当たっても大きな影響を与えたものである。⁽¹¹⁾ その意味で、まさに重要な判例であるといわなければならない。

しかし、わたくしは、ヴェルツェルの「責任説」には、思想的な疑問があるばかりでなしに、⁽¹²⁾ 解釈論としても、単に「構成要件の故意」が存在することの故をもって、「反対動機」形成の根拠に欠ける「違法性の意識の可能性」をもって「故意責任」を肯定するのは妥当でないと考え、⁽¹³⁾ したがって、「厳格故意説」が正しいと考えるから、本決定には反対せざるをえないが、その基本的な点については、すでに検討を加えたことでもあるから、ここでは立ち入らないことにしたい。⁽¹⁴⁾

問題は、「違法性の意識」と確信犯・激情犯・常習犯の関係である。本決定は、これらの点についても、極めて重要な判断を示したのである。本決定が説示するように、確信犯・激情犯・常習犯には、「違法性の意識の可能性」しか認められないのであろうか。これが問題である。

尤も、確信犯については、「違法性の意識」の対象を何に求めるかという観点で、若干の異論が予想されるとはいえ、「実定法上の法益を否定する意思」を故意の実質とみる限り、確信犯は、明示的に「実定法秩序」を否定し、実定法の予定しない価値に優位を与えようとして実行される犯罪であるから、「違法性の意識」を否定する根拠は存在しないと考えるべきであって、この点では、「故意説」と「責任説」の対立はみられないといわなければならない。⁽¹⁵⁾ 本決定が、「確信犯」を持ち出したことは、多くの論者が指摘するように、失当であったといわなければならない。⁽¹⁶⁾

一方、激情犯 (Affektäter) ・衝動犯 (Triebtäter) に関しては、本決定指摘の通り、「実行行為の際」の「違法性の意識」が問題とされてきた。しかし、その時点以前における「違法性の意識」は疑問視されていなかったのである。したがって、犯行に当たり、かねて存在していた違法性の意識が突然消失し、「何か善いこと」を行うという意識が

これに代わるようなことがあるならばともかく、単に激情に駆られ、瞬間的に感情を爆発させたということだけで、「違法性の意識」を欠くに至るといふはありえないといわなければならないのである。シエーヴェが、右の点を正当に指摘していることを一言しておきたい。⁽¹⁷⁾ 本決定が、激情犯・衝動犯は、「それ自体としては知っていた禁止をしばしば意識せず、ときには、行為が不法であるかどうかの問題を熟慮しえない状態に陥る」ときめつけるのは、すくなくとも正確ではないというべきである。後程適宜触れることにしよう。

さらに、激情犯・衝動犯については、「違法性の意識」ではなしに、「故意そのもの」の存在に疑問が向けられていたことをも、つけ加えておかなければならない。たとえば、ラングヒンリクセンは、⁽¹⁸⁾ 激情犯・衝動犯にあつては、「故意概念」そのものの問題が生じるのであるから、「故意説」の欠点としてこれを取り上げることが妥当でないといひ、ルドルフイーは、⁽¹⁹⁾ 「良心」を緊張させたところで、失われてしまった「違法性の意識」は回復しないであろうから、「責任説」をとったからといって、問題解決の途が拓けるかどうかは疑わしいというのである。いずれも、本決定に対する批判として、正鵠を射た面があるといえよう。⁽²⁰⁾

この関係で、最も重要なのは、「故意」と「違法性の意識」が要請される「時点」である。本決定は、右に確認したように、「実行行為」の時点では違法性の意識が存在せず、その「可能性」しか認められないという前提に立っている。しかし、「故意」の存在時点については言及するところがない。だがしかし、「実行行為」の時点で故意が存在することはないと考えているとは思われない。⁽²¹⁾

この点で明確なのは、ヴェルツェルである。ヴェルツェルは、「故意」は「犯行の瞬間」に存在しなければならぬが、「違法性の意識」はその時点に存在しなければならぬというものではないとして、「違法性の意識の可能性」で足りるというのである。激情犯などを「故意犯」として「処罰」するためには、現実的な違法性の意識を求めるこ

とを断念しなければならぬからであるというのが、その主たる理由である。ヴェルツェルにとっては、「犯行の時点」で違法性の意識を要請することは、「責任概念」に「過当なもの」を求めることなのである。本決定の基本的な態度も、同じであるといつて過言ではなからう。

このような理解に対して、メツガー⁽²²⁾は、直ちに反論し、構成要件該当事実の「認識」に関しても「素人仲間の平行的判断」をもって満足しなければならない場合があるのに対して、「違法性の意識」は本来「感情的な気持」なのであって、激情犯・衝動犯・常習犯にも当然に肯定されるべきであり、ヴェルツェルは「現実的な意識」と「現実的な表象」とを混同するものであると批判した。シエーヴェ⁽²³⁾も、構成要件要素に関する認識としての「個別的評価」と「違法性の意識」という「全体的評価」が、その「現実的存在」の時点を異にする根拠は見出しがたいと主張したことであった。

実は、ヴェルツェル⁽²⁴⁾も、激情犯・衝動犯は「不法意識」には欠けるが、「不法である」ということはこれを「知っていた」というのである。それは、まさに「違法性の意識」を肯定したものであるというべきではあるまいか。この問題に関しては、なお慎重な吟味が必要である。常習犯の違法性の意識との関連で、改めて検討を加えなければならない。

三 常習犯 (Gewohnheitsstäter; Gewohnheitsverbrecher) の問題は、さらに深刻である。

周知のように、常習犯は、その「処遇」をめぐり、刑事政策的な重要課題を提示してきた。刑法上も、すでに古くから、「自由(意思)」を減弱させる人間的特性のあらわれとしてとらえられるべきではないかという角度で議論を呼んだことであった。クラインシュロート⁽²⁵⁾やフォイエルバッハ⁽²⁶⁾の議論に顕著である。また、近時は、そのような特性のあらわれは、「行状責任」ないしは「生活決定責任 (Lebensentscheidungsschuld)」の見地でとらえられるべきではないかという議論も行われるようになった。メツガー⁽²⁷⁾やボツケルマン⁽²⁸⁾の理論に代表されよう。

ところが、これらの問題は、いずれも「違法性の意識」とは無関係ではありえないが、「違法性の意識」そのものの問題ではない。すなわち、従来、ドイツでは、「常習犯と違法性の意識」の関連が、正面から取り上げられることは殆どなかったといわなければならないのである。むしろ、常習犯は違法性の意識を当然にもっているということが、暗黙に承認されてきたといつて過言ではないと思われる。⁽²⁹⁾したがって、フォイエルバッハが、「自由」を低下させ「熟考」なしに行動するに至った常習犯といえども、「犯罪であるという意識」を喪失するわけではないから「責任無能力」ではないといい、ドツヒョーが⁽³¹⁾常習性によって「違法性の意識」は失われないと明言していたことは、注目し値するといふべきであろう。

このような状況で、本決定は、常習犯も「違法性の意識」を有しないと明言する。しかも、瞬間的に「違法性の意識」を失うのではないかが問題となるにすぎない激情犯などの場合と違って、常習犯では持続的な関係でそれが問題となる筈であるから、ことはさらに重大なのである。持続的な「違法性の意識」の欠如は、やがて犯行の際の「違法性の意識の可能性」すらをも奪い去ることになるのではないかという疑問を生じさせるからである。

本決定が、常習犯の責任を「行状責任」の見地でとらえざるをえなかったのは、このことを如実に示すものといわざるをえないであろう。

本決定は、「人間的感動力」を失った常習犯には、人間的価値による「覚せい可能性」も、良心の緊張により「不法了知」に到達する「力」も、いずれもこれを求めることができないう。⁽³²⁾これは、常習犯には「違法性の意識の可能性」も見出しがたいということにほかならない筈である。「不法了知」に到達する「力」を喪失した者が、「違法性の意識」を回復することはありえないからである。⁽³³⁾したがって、シュミットホイザーが、⁽³⁴⁾「故意説」は「違法性の意識」を「擬制」せざるをえないというならば、「責任説」は「違法性の意識の可能性」を「擬制」せざるをえな

いであろうと指摘するのは、至言であるといわなければならない。本決定の論理は、さきに一言したように、常習犯には「違法性の意識の可能性」すら認められないが故に、「行状責任」の理論に赴かざるをえないということの告白以外の何物でもないのである。

だがしかし、本決定の論理は、到底正当とは思われない。本決定が予定する「行状責任」は、一般に論じられている問題性以外に、「意思責任」そのものを空洞化するものとして、さらに深刻な問題性を包蔵することになるのである。⁽³⁵⁾この点も、後に改めて検討しよう。

四 わたくしは、本決定の問題性をこれらの点に眺めるものである。そして、メツガー、シェーヴェ、シュミットホイザーと共に、本決定の態度に対して批判的な考察を加えたいと考えるのである。

ところで、常習犯と違法性の意識に関しては、わが国においても、ドイツにおけると同様の対立がみられる。厳格故意説は、常習犯にも違法性の意識が肯定されるとするが、⁽³⁶⁾制限故意説ないしは責任説は、常習犯の違法性の意識は「鈍麻」・「減弱」しているとして、⁽³⁷⁾明確な違法性の意識を認めることはできないと考える。わたくしは、厳格故意説の立場から、常習犯にも、犯行に当たって「稲妻のように心中を駆け抜ける後めたさ」⁽³⁸⁾は存在する筈であると考えた。これは、シュミットホイザーの見解に従った立言である。⁽³⁹⁾

しかしながら、右のような理論状況は、いずれも厳密な分析・検討の成果に基づくものではないと思われる。したがって、この問題は、絶えずわたくしの疑問であったといわなければならない。ドイツにおける理論的進展をふまえながら、改めて「常習犯と違法性の意識」を検討するゆえんである。第一の課題は、常習犯概念の明確化である。⁽⁴⁰⁾

なお、「過失犯」でも常習犯という観念は生じえないではないが、本稿では取り上げないことにする。

(1) BGH. Str. Bd. 2, 1952, S. 194 ff.

事案は、被告人（弁護士）が、依頼人の刑事事件の弁護に関し、不当に報酬を強要したというもので、強要罪（ドイツ刑法二四〇条）の成立に、「違法性の意識」は必要かどうかにつき、第二刑事部が連合部の判断を求めたものである。

(2) 本決定が指摘するドイツ判例の趨勢については、Leipziger Kommentar, StGB, 8 Aufl. 1957, S. 493 ff., 499 ff., 503ff. [E. Mezger]。さらに、内田文昭・刑法概要中巻（平一）三三〇頁以下、三三六頁以下、三四二頁以下。

(3) 本決定が掲げる「責任」・「非難可能性」・「責任判断」については、内田・概要中巻一九三頁以下。

(4) 本決定が掲げる「人間の自由」と「責任能力」の関係については、内田・概要中巻二〇〇頁以下、二〇八頁注（10）、二一九頁以下、二二八頁以下。

(5) 一八七一年ドイツ帝国刑法典五九条は、「事実の錯誤」のみを規定し、それは「故意」を阻却するが（一項）、「過失」が認められるときは、「過失犯」たりうる（二項）ものとした。したがって、「法律の錯誤」すなわち「違法性の意識」の欠如はこれをいかにとらえるべきかという問題は、専ら学説・判例に委ねられていたにすぎなかったのである。しかし、行為者が、「事実の錯誤」に陥ることなしに、専ら「法律の錯誤」に陥ってしまったということは、通常は考えられない。「人を殺して善い」とか「物を盗んで善い」という「意識」は、通常は生じえないからである。「その行為に出てもかまわないと思った」というのは、単なる「弁解」・「いいのがれ」にすぎないのが一般である（「いわゆる法律の錯誤」）。当然、「故意」を認めるべきである。したがって、五九条が、「法律の錯誤」につき規定しなかったのは、決して不当ではなかったということも可能なのである（内田・概要中巻二六九頁以下、三三三頁以下、三四二頁以下）。

ところが、一九六九年の第二次刑法改正法は、この五九条を改めて、新規定一六条（「構成要件該当事実の錯誤」）として再構成し、「不法に関する錯誤」（「禁止の錯誤」といわれる）を新たに一七条に規定したのである（なお、後注（10）（14））。この結果、ドイツでは、「錯誤」は、「構成要件該当事実の錯誤」と「禁止の錯誤」に二分されることになったと解する態度すなわち「責任説」が通説化したかに窺われたが、「違法阻却事由の錯誤」は、依然「事実の錯誤」として「故意」を阻却しなければならぬという「故意説」からの強い批判も有力なのである（内田・概要中巻三二八頁以下）。

本決定が、故意説の「長所」としているのは、「違法阻却事由の錯誤」をも、なお「事実の錯誤」としてとらえるという点に注目したものと見えよう。

- (6) 「法敵対的基本姿勢」の核心となる「法敵対性 (Rechtsfeindschaft)」という観念は、明確な「違法性の意識」がなくても、法を軽視し、法に敵対的な態度がみられる場合には、なおこれを「故意」と同様に「処罰」してよいとするメツガー (E. Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, S. 43 ff.) に由来するもので、「法盲目性 (Rechtsblindheit)」といわれたこともあった (E. Mezger, *Rechtsirrtum und Rechtsblindheit*, Kohlrausch-Festschrift, 1944, S. 180 ff., 184 ff.)。いわゆる「制限故意説」の一種である (Leipziger Kommentar, 8 Aufl. S. 498 ff. [E. Mezger])。
- (7) F. Gürtner, *Das kommende deutsche Strafrecht*, Allg. Teil, 2 Aufl. 1935, S. 57 ff., 65 ff., 70 ff. は、不法を行っていることを意識しているか、意識しているものとされてもやむをえない者は「故意」に行為していることとなり、構成要件の実現を単に可能と考えているにすぎないが、なおそれを甘受している者は「故意」に行為している者と「同じ」であると規定し、さらに、自己の行動が法と不法に関する健全な民族概念に調和しないものであるのに、それは不法ではないと考えていたとしても、そのような錯誤は顧慮に値しないと規定するのであった。
- (8) H. シュレエーダー (H. Schröder, *Tatbestands- und Verbotsirrtum*, MDR. 1951, S. 387 ff., 390) は、法的情操に欠ける「ならず者」の行為については、故意説も責任説もこれを処理しきれないとして、「行為者責任」の見地から、これを故意に「同置」はできないが、故意と「同様」に評価してしかるべきであろうと提案していた。なお、後出、二・四注 (19)。
- (9) F. Gürtner, *Das kommende deutsche Strafrecht*, Allg. T. 2 Aufl. S. 66, 71.
このような態度に対しては、すでに強い批判が向けられていたことは周知の通りである。E. Beling, *Grundzüge des Strafrechts*, 11 Aufl. 1930, 45, 52; Arth. Kaufmann, *Das Unrechtsbewußtsein*, 1949, Neudruck, 1985, 72 ff., 207 ff.
- (10) 本決定が、「責任減少」を可能にするという点は、必ずしも明確な根拠に基づいているとは思われないが、ヴェルツェル (H. Welzel, *Schuld und Bewußtsein der Rechtswidrigkeit*, MDR. 1951, S. 65) は、行為者が「違法性の意識」を有していた場合と、その可能性しか有していなかった場合とでは、「事実的故意」の非難可能性に強弱が生じると考え、後者では、ドイツ刑法旧規定五一条二項 (限定責任能力減輕規定) を類推適用するべきであると主張した。新規定一七条後段 (回避可能な「禁止の錯誤」につき、四九条一項の「減輕」が許される) は、この点につき規定したものとされているが、問題がないわけではない。内田・概要中巻三一八頁以下。さらに、後注 (14)。なお、後出、四・七・一、五注 (19)。
- (11) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. 1994, §17 Rdn. 1 [F. Chr. Schroeder]; Schönke-Schröder, StGB. Kommentar, 25 Aufl. 1997, S. 290

[P. Cramer]; BGH. Str. Bd. 3, 1953, S. 105 ff.; Bd. 4, 1954, S. 1 ff.; Bd. 16, 1962, S. 155 ff.

本決定に関するわが国の理解については、特に、高山佳奈子・故意と意識性の意識(平一一)二二頁以下、三〇九頁以下、三三三頁以下。

(12) 内田・概要中巻三二七頁以下。さらに、長井長信・故意概念と錯誤論(平成一〇)二二二頁以下。

(13) 「責任説」の最大の問題点は、「故意責任」の異常な「拡張」にある。責任説では、本決定が自認するように、「法的過失犯」とか「法敵対性」といった観念に訴えるまでもなく「故意責任」を問うことが可能となるのである。しかし、その根拠は、「事実的故意」が認められる以上は、「違法性の意識の可能性」があれば「故意責任」を帰せしめうる、というにすぎない。だがしかし、「可能性」は飽くまでも「可能性」にとどまるのであって、「現実的なもの」ではない。違法性の意識の「可能性」とは、違法性の意識が現実存在しないことを前提としなければならぬ。違法性の意識が現実存在しない以上は、「違法行為を回避する」ための「反対動機」・「抑制表象」が生じることはないといわなければならない。すでに、ハイムス(E. Heims, Zur Lehre vom Schuld begriff, ZStrW. 40, 1919, S. 580 ff., 743 ff., 750, 762 ff., 760 ff.)が、近時では、アルトール・カウフマン(Arth. Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 76 f., 149 ff.)・H・シュローダー(H. Schröder, MDR. 1951, S. 387 f.)が、指摘するところである。「反対動機」が生じるためには、すくなくとも、ロクシンのいわゆる「不法故意」が必要である(C. Roxin, Strafrecht, Allg. Teil, Bd. 1, 3 Aufl. 1997, S. 522 ff., 528 f.)。勿論、「不法故意」が存在しても、常に「反対動機」としての「違法性の意識」が生じるとは限らない。極めて希有ではあるが、「通常は許されないが、特別の許可を得ているから許されるであろう」と誤信したような場合をあげることが可能である。これが、「真正の法律の錯誤」である(内田・概要中巻三四二頁以下)。これに対して、誤想防衛などの「違法阻却事由の錯誤」は、「不法故意」を阻却する「事実の錯誤」にはかならないのである。それは、「過失責任」を基礎づけるにすぎないといわなければならない。最近のドイツでは、このような理解(「いわゆる制限責任説」)も有力である(内田・概要中巻三二二頁以下、三一六頁以下)。ヴェルツェル(H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11 Aufl. 1969, S. 160, 161, 162 ff., 164 ff.)や本決定の「厳格責任説」は、結局は、「過失犯」を「故意犯」に転換させるものといわなければならないのである(内田・概要中巻三二五頁(29))。本決定が「良心の緊急」を求めた点に、これが如実に示されている。ただし、「良心の緊張」による「不法了知」は、本来「過失責任」を基礎づける根拠以外の何物でもないからである(Leipziger Kommentar, 8 Aufl. S. 502 f. [E. Mezger])。これに対して、「疑念」が生じた場合には、クラウスハール(R. Kraushaar, Das Gewissen im Strafrecht, GA. 1959, S.

325ff., 332f.) が正当に指摘するように、「違法性の意識」の最小限度が肯定されるべきなのである。ここにも、本決定の「不整合」が看取されよう。したがって、高山・故意と違法性の意識二七四頁以下、三八一頁以下が、違法性の意識があったから反対動機に従うことができたとするか、違法性の意識の可能性があったから反対動機に従うことができたとするかは「質的な相違」をもたらすことはできないとされている点には賛成できない。違法性の意識の「可能性」は、決して「反対動機」たりえないといわなければならないからである。

(14) 内田・概要中巻二七〇頁以下、三二七頁以下、三三五頁注(29)。

なお、ここで、「責任説」の「不整合」(前注(13))は、違法性の意識とその可能性とを「同置」しながら、非難可能性には「強弱」があると主張する点にも、窺われることを一言しておく。

さきに指摘したように、ヴェルツェルはこのように考えるのであるが、その根拠は、違法性の意識の「可能性」も、「事実的故意」を前提とする限り、「反対動機」たりうるというにある(前注(10))。しかし、「反対動機」には「強弱」があるから、「非難可能性」にも強弱が付されてしかるべきであるというのである(H. Welzel, MDR. 1951, S. 67)。だがしかし、単なる「可能性」は、「表象」されているわけではないから、「反対動機」とはなりえない(前注(13))。したがって、「過失責任」が肯定されうるのみである。新规定一七条後段による「減輕」は、このような場合を想定しているとは思われないのである(前注(10))。したがって、違法性の意識とその可能性とを「同置」しようとする以上は、非難可能性の程度に差異を設ける必要はないといわなければならない。そして、これこそが、「責任説」の真髄であった筈なのである。本決定が主張するように、人は法的要請に適合するかどうかにつき、常に「意識的になるよう努める」義務を負うというのが、まさに「責任説」なのである。なお、W. Langer, Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung, GA. 1976, S. 193 ff., 215 Anm. 143.

(15) Arth. Kaufmann, Das Unrechtsbewusstsein, S. 147 ff.; ders., Das Schuldprinzip, 2 Aufl. 1976, S. 137 ff.; H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11 Aufl. S. 176ff.

(16) E. Schmidhäuser, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins, H. Mayer-Festschrift, 1966, S. 317ff., 334; Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §17 Rdn. 18 [F. Chr Schroeder].

(17) G. Schewe, Bewußtsein und Vorsatz, 1967, S. 147 ff., 151 ff., 156ff. さらに、後注(23)、後出、五注(11)。尤も、シエーヴェは、「故意説」が妥当であるとは考えていないといわなければならない。G. Schewe, Bewußtsein, S. 13ff., 21 ff., 25ff., 74, 184 ff.

- (18) D. Lang-Hinrichsen, Die irrthümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes, JZ. 1953, S. 362 ff., 367. なお、後出、二・一注(19)。
- (19) H. J. Rudorphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, S. 140 ff., 147 ff.。
尤も、ルドルフは、「確信犯」と「激情犯」の結合をいえるような場合を想定し、問題解決のための規定新設を提案しようとする(H. J. Rudorphi, Unrechtsbewußtsein, S. 163 ff., 166 ff.)。しかし、その必要性は疑問であるといわなければならない。前注(15)(16)。
- (20) 激情・衝動が「精神の障害」に基づくものである場合には、すでに「責任無能力」状態に陥っていることもありうることも注意しなければならない(G. Schewe, Bewußtsein, S. 151 f.)。なお、「衝動行為」と「故意」の関係については、A. Wimmer, Über die Bestrafung triebhaften Handelns, ZStrW. 47, 1927, S. 101 ff.; ders., Über das Fehlen des Bewußtseins von Tatbestandsmerkmalen bei ungeordneten Triebhandlungen, ZStrW. 49, 1929, S. 675 ff., xiv ff.; 後出、二・一注(19)。
- (21) H. Welzel, MDR. 1951, S. 65 ff.; ders., Nochmals der Verbotsirrtum, NJW. 1951, S. 577 ff.
- (22) Leipziger Kommentar, 8 Aufl. S. 492 ff., 503f. [E. Mezger]. xiv ff.; E. Mezger, Fiktion und Analogie beim sog. Verbotsirrtum, NJW. 1951, S. 869 f. 尤も、「意識」と「表象」の相違については、明確でない点があるといわなければならない。後出、四・一注(一)(4)(5)(6)(7)四・五注(4)四・七注(5)。
- (23) G. Scheuwe, Bewußtsein, S. 141 ff. なお、後出、五注(11)。
- (24) H. Welzel, MDR. 1951, S. 66. なお、後出、四・一注(12)。
- (25) G. A. Kleinschrod, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, Teil I, 3 Aufl. 1805, §§. 53 ff., 174 f. は、常習犯における「自由」の減弱を責任減少の根拠とすることができるとする。
- (26) A. v. Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des peinlichen Rechts, Bd. II, 1800, S. 344 ff., 350 ff., 368 ff., 415 f. は、市民刑法の可罰性の根拠を「危険性」に求めることから、「自由」の減弱にもかかわらず、常習犯の可罰性は高いという論理を展開する。これについては、後出、二・三・二。
- (27) メツガーは、基本的には「嚴格故意説」に依拠しながら、「責任判断」は単純なものではないのであって、意識的な法益侵害意思のみならず、法益侵害に対する行為者の「自制力」の程度といった性格学的な視点をも考慮しなければならないとして、「危険

な常習犯」の重刑の根拠を、「責任」と「危険性」の二元主義によって説明しようとしたことであった（E. Mezger, Die Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher, Mon Krim. 14, 1923, S. 135ff., 169ff.）。その後、一歩を進めて、危険な常習犯は、「法を軽視し法に敵対する生活態度にとりつかれた責任」すなわち「行状責任」を負わなければならないとし（E. Mezger-Kohlrausch-Festschrift, S. 180 ff., 191 ff. 前注（6））、あるいは、以前に普通の生活態度を取り続けていたならば、たやすく犯行の「とりっ」になることはなかったであろうという「責任非難」が帰せられるべきであるとするようになった（E. Mezger, Moderne Wege, S. 35 ff. 前注（9））。

しかし、このような理解は、激情犯・常習犯にも「違法性の意識」は存在するという認識（前注（22））と調和しない。メツガーは、厳格故意説を取り続けるべきであったと思われる。詳細は、後に改めて論じることにした。後出、二・四以下。

(28) ボッケルマンは、なにびとも、悪い生活そのものを送っているわけではないのであって、メツガーの「行状責任」は曖昧に過ぎるから、「生活決定責任」の理論に拠るべきものであるとし、常習犯の責任は「暗黒の悪魔」に従った点にこれを求めなければならなかった（P. Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht, Bd. II, 1940, S. 36 ff., 56 ff., 128 ff., 145 ff., 152 ff.）。この点を、後に改めて取り上げなければならない。なお、後注（35）。

(29) 差じ当たり、クルシユナー（H. Hälschner, Das Preussische Strafrecht, II, 1858, S. 143 ff., 418 ff.）とドホー（A. Dochow, Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen, 1871, S. 16 ff., 66 ff.）とヴェールズルン（H. Wahlberg, Das Maß und mittlere Mensch im Strafrecht, Z. für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (= Grünhut-Z.), 5, 1878, S. 465 ff., 484 ff., 494 ff.）とリリヒンター（K. v. Lilienthal, Beiträge zur Lehre von der Collectivdelicten, 1879, S. 41 ff., 74 ff.）とクレー（K. Klee, Vorsatz und Triebhaftigkeit der Handlung, ZStrW. 48, 1928, S. 1 ff., 3f.）をあげよう。

(30) A. v. Feuerbach, Revision, II, S. 416.

(31) A. Dochow, Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen, S. 68.

(32) ショーヴェ（G. Schewe, Bewußtsein, S. 150）は、このようにならえ方は「常習犯」に関する一般的な観念と調和しないであるべし。

(33) H. J. Rudorphi, Unrechtsbewußtsein, S. 147 f. なお、前注（19）。

(34) E. Schmidhäuser, H. Mayer-Festschrift, S. 320 f. なお、前注（31）。

- (35) 尤も、ボッケルマン (P. Bockelmann, Studien, II, S. 154, 154 Anm. 1) は、「行為責任」では、行為者が、「自分は何を行うのか、それは許されないのか」を知ることが責任非難を基礎づけるのであり、「違法性の意識」は「故意」に属するかどうかが問題となるが、「生活決定責任」では、行為者が、「自分は何であるか、そのように生活してはならないのか」を知れば充分であるとしたことであった。なお、後出、二・四・三。
- (36) 植松 正・刑法概論Ⅰ総論(再訂版)(昭四九)二四六頁、中野次雄・刑法総論概要(第三版補正版)(平四)四〇頁以下、四七頁注(2)、大塚 仁・刑法概説(総論)(第三版)(平九)四四三頁以下。
- (37) 団藤重光・刑法綱要総論(第三版)(平二)二二六頁、福田 平・全訂刑法総論(第三版)(平八)一九六頁以下。
- 尤も、平野龍一・刑法総論Ⅱ(昭五〇)二五八頁以下、二六三頁以下は、「責任説」に立ちながらも、常習犯は「規範意識の抵抗を感じないことが多いというにすぎない」とされる。
- (38) 内田・概要中巻二二五頁以下、二七三頁以下。
- (39) E. Schmidhäuser, H. Mayer-Festschrift, S. 330.
- (40) A. Dochow, Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen, S. 69; H. Wahlberg, Grünhut-Z. 5, S. 476は、過失犯でも「常習犯」を考えることができると明言する。

二 常習犯概念

一 総 説

一 常習犯の歴史は、古来からのものであるといわれている。ローマ法でも、常習犯類似の観念はあったといえよう。たとえば、学説彙纂四八卷一九章第二八法文第三分節は、若者が、観劇に当たり、騒々しい声をあげるなどした場合には、鞭で懲戒されるが、さらに懲りずに扇動的・暴動的に続行するときには、流刑に処され、時には死刑に処される旨を宣言し、第一〇分節は、「追いはぎ」が、しばしば路上で犯行をくり返すときには死刑に処する旨を宣言

したのである。⁽¹⁾一五三三年のカロリナ刑法典一六二条も、三犯の窃盗を死刑に処するものとしたことであった。同条は、「三犯の窃盗」につき規定するにすぎなかったが、同条の基礎となった一五〇七年のバンベルグ刑事裁判令一八八条は、「悪しき常習犯により (durch die bösen gewohnheit)」三犯の窃盗を犯した場合を予定していた⁽²⁾ことから、ドッヒヨーは、カロリナ一六二条を、ドイツにおける常習犯の出発点をなすものとみるのである。

さらに、一七九四年プロイセン普通ラント法第二部第二〇章冒頭の「犯罪とその刑罰」五条は、窃盗その他の犯罪で、「墮落した性向 (verdorbene Neigung)」の故に危険を高めるようになった者は所定の刑罰の後にさらに一定期間「拘禁」されなければならないとした上で、「累犯加重 (五二条)」・「累犯加重の際の犯人の指向性 (Hang)」とその危険性の考慮 (五三二条) につき規定し、これを受けて、第二部第二〇章第一二節「性犯罪」、第一四節・一五節「財産犯罪」に、「營業的」・「累行的」犯行の処遇につき、特に規定を設けたのであった。⁽³⁾

ここでも、「常習性」・「常習犯」という用語は見当たらない。しかし、「墮落した性向」による「公共危険」招来が、特に考慮されたということは、その後の「常習犯」論の基礎をなすものとして、注目に値するのである。

一方、一八一〇年のフランス刑法典は、総則第四章「重罪・軽罪の累犯の刑罰」(五六条以下)において、特に、窃盗・詐欺・背信などの累犯につき規定した上で (五八条三項―五項)、さらに、常習乞食罪 (二七五条一項)・常習的猥褻物陳列罪 (二八七条)・常習的暴行罪 (三一二条七項)・營業的売春周旋罪ないし常習的売春周旋罪 (三三二条) などを規定したことであった。「常習犯」の観念が、立法的に導入されたものとして、特に重要な意味をもつものといえよう。⁽⁴⁾

ドイツでも、一八一三年バイエルン刑法典は、「常習犯」の観念を採用することとなった。二六五条は、「熟練した常習的詐欺師 (geübter, gewohnter Betrüger)」という表現を用いたのである。それは、「累犯」ではなしに、「熟練

した常習的（慣行的）な犯行」でなければならぬのであった。そして、その者は、極めて「悪質で危険な人間」であるが故に、重刑に値するといふのである。⁽⁵⁾ 勿論、「累犯」も、当然に加重されていた（一一一条―一一七条）。一八五一年プロイセン刑法典も、累犯加重規定（五五条―六〇条）のほか、多数の「營業的」・「常習的」犯行を規定した。⁽⁶⁾ 一八七一年ドイツ帝国刑法典も、常習的滅損通貨行使罪（一一五〇条）・常習的売春周旋罪（一一八〇条）・營業的賭博罪（二八四條）を規定するなど、同様の態度に出たが、累犯加重の一般的规定を設けず、窃盜罪・強盜罪の累犯（二四四條・二四五條）、詐欺罪の累犯（二六四條）など五種類の犯罪に限定した規定をおくにとどめた点が注目される。ポツケルマン⁽⁸⁾は、その理由について、これら五種類の犯罪は財産を侵害することに対する「根強い性向（eingewurzelte Neigung）」の故に「累犯」が予想されたからであろうと考えた。

二 右のごく簡単な史的概観からも了解されるように、常習犯は、「累犯」との関連においてとらえられてきただけではなしに、後に検討するように、「營業犯」・「職業犯」との区別に関しても問題を生じさせてきたわけであるが、そのこと故に、常習犯概念は明確ではなかったといわなければならないのである。

ところが、このこととは無関係に、犯罪現象としての「累犯」は激増を続けた。各国が、その対策に腐心したこと、周知の通りである。ドイツでは、一九三三年の「危険な常習犯とその保安・改善処分に関する法律」に基づく刑法改正により、総則二〇条aに、累犯の一種としての「危険な常習犯」はこれを特に加重する旨の一般的规定が新設され、問題はますます錯綜するに至ったといわなければならない。メツガーの「行状責任論」やポツケルマンの「生活決定責任論」は、このような背景をもっていたのである。⁽⁹⁾

二〇条aは、一九六九年の第一次刑法改正法により廃止され、これに代った一七条（累犯規定）、一九七五年の新総則四八条（累犯規定）も、一九八六年の第二三次刑法変更法により廃止されるに至ったが、「營業的」・「常習的」

犯行の処罰規定は、現行ドイツ刑法上も、なお若干存置されていることに注意しなければならないであろう。

一方、一九九四年のフランス刑法典は、依然、「累犯」に関する総則規定を存続させ（二三一―八条以下）、常習売春周旋罪（二二五―五条一項二号、二二五―六条三号）、常習盗品隠匿罪（三二一―二条）につき規定するほか、少年・弱者に対する常習暴行罪（二二二―一四条）、未成年者に対する常習的犯罪教唆罪（二二七―二一条）の規定をも設けているのである。

さらに、興味深いのが、一九七四年のオーストリー刑法典である。「継続的な営業的犯行」と定義づけた「営業犯」の総則規定（七〇条）を設けた上で、多数の「営業犯」を各則に規定したほか、特に、薬物常用などの「常習性」に基づく犯行や酩酊状態で犯行を行った者に対する「習癖」根絶のための「施設収容」（二三三条）につき規定し、自由刑執行との関係につき定める（二四四条）などの総則規定を制定したのである。かつてのドイツ刑法二〇条aの再現と称しても過言ではなからう。

三 「累犯」・「常習犯」・「営業犯」に対する最近の立法措置につき、検討を加えるのは、本稿の範囲を超える。ここでは、一、二、三の点を確認するにとどめなければならない。

第一は、すくなくとも「常習犯」は、それが総則に規定されようが、各則に断定的に規定されるにとどまろうが、これまで、明確な「法律上の定義づけ」が行われることはなかったという点である。この限り、常習犯概念は、依然明確ではないといわなければならない。

第二に、立法例は、「常習犯」を、「累犯」・「営業犯」との関連でとらえてきた点に注目しなければならない。すなわち、外形的な「累行性」を共通項としてとらえてきたものといわなければならないのである。内部的・心的特性において激情犯・衝動犯とかかわりをもつ「常習犯」が意識されるようになったのは、実は古くからのことではないの

である。⁽¹⁰⁾

しかし、このことは、第三に、「常習犯の違法性の意識」につき疑問がもたれるようになったのは、比較的最近のことに属するという重要な帰結を示すことになる点に注意しなければならない。⁽¹¹⁾「累犯」や「営業犯」につき、その「違法性の意識」が問題にされたことがあったかどうかを訊ねれば、答はおのずから明白であろう。後に、改めて確認しよう。

四 このような観点からするならば、わが国では、や、異った様相がみられるといわなければならない。

旧刑法では、「累犯」の総則規定(九一条以下)はあったが、「常習犯」の規定はなかった。明治一八年「刑法草案」二三四条が、「常習賭博罪」の新設を提案して以来、同様の提案がくり返され、現行刑法一八六条がこれを容れたことにより、「常習犯」は現実的な意義をもつことになった。

さらに、大正一五年の「暴力行為等処罰ニ関スル法律」一条二項が、「常習的傷害・暴行・脅迫・器物損壊罪」(現行規定一条ノ三)を、昭和五年の「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」二条・三条が、「常習強窃盗罪」・「常習累犯強窃盗罪」を、それぞれ刑法上の基本犯の加重類型として新設したことにより、常習犯は、俄にその数を増したのである。「公職選挙法」一二二条二項が、「多数人買収・利益誘導」の「常習者」を加重していることも、看過しえないところである。

加えて、昭和四九年「改正刑法草案」五八条は、「累犯」の一種として「常習累犯」を新設し、五九条は、これに「相対的不定期刑」の宣告が可能である旨を規定しようとしたことであつた。

このように、わが国で「常習犯」の観念が登場してきたのは、法律上は最近のことに属するわけであるが、すくなくとも「営業犯」・「職業犯」との関連は考慮されていなかった点に注目しなければならない。「営業犯」・「職業犯」

は、常習犯とは別途に、特別刑法上極めて多くの犯罪類型として制定されているのである。
以下、累犯・営業犯・職業犯に関する諸立法例とのつながりにおいて、「常習犯」概念の明確化を求めることとしよむ。

- (1) J. F. H. Abegg, Beiträge zur Erklärung einige Stellen aus der Quellen des Römischen Rechts, Archiv des Criminalrechts, N. F. 1836, S. 495ff.; W. Mittermaier, Die Behandlung unverbesserlicher Verbrecher, VDA. III, 1908, S. 321ff., 331. 「犯罪の再発防止」
- (2) A. Dochow, Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen, S. 42 ff. 「犯罪の再発防止」 W. Mittermaier, VDA. III, S. 332 f.
- (3) W. Mittermaier, VDA. III, S. 333.
- (4) W. Mittermaier, VDA. III, S. 336 ff. 「犯罪の再発防止」 A. Dochow, Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen, S. 52ff.
- (5) Anmerkungen für Baiern, II, 1813, S. 261 ff. 「犯罪の再発防止」 A. Dochow, Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen, S. 47.
- (6) G. Beseler, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten, 1851, S. 454 f., 504. 「犯罪の再発防止」 A. Dochow, Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen, S. 96 ff. 「犯罪の再発防止」 P. Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht, Bd. I, 1939, S. 11 ff.
- (7) K. v. Lilienthal, Beiträge, S. 1 ff.; P. Bockelmann, Studien, I, S. 29 ff.
- (8) P. Bockelmann, Studien, I, S. 18ff., 25 f.
- (9) 前出、一注(27)(28)。「犯罪の再発防止」後出、二・四注(7)以下。
- (10) 尤も、一九二〇年代に、「衝動犯」と「常習犯」の心的特性に関して、ウインマーとクレーの間に論争があったことは注目に値しよむ。

ウインマーは、「衝動犯」を「整頓された衝動行為 (geordnete Triebhandlung)」に基づく場合と、「整頓されない衝動行為 (ungeordnete Triebhandlung)」に基づく場合とに区分けし、激烈な復讐心から他人の財物を損壊するような場合は前者に属し、「故意」を肯定しようが、指を湿めて本を汚損する習癖のある者が、貴重な文献を湿めた指で汚損してしまったような場合は後者に属し、「故意」を認めることはできないと考えた (A. Wimmer, Über die Bestrafung triebhaften Handelns, ZStrW. 47, S. 101 ff., 118 ff.)。「衝動犯」の「過失犯性」(前出、一注(18) — (20))を検討しようとしたわけである。これに対して、クレーは指を湿して頁をめぐる習癖により貴重な文献を汚損した場合も、「常習窃盗」と同様に考えてよいと主張した。常習窃盗といえども、獲物を発見した場合には盗むのであり、他人の財物を不法領得の意思をもって盗取しているということは、ほぼ自働的となつてしまった根強い指向性にもかかわらず、なおこれを「知っている」のであるが、ウインマーの例でも、明確ではないせよ、なお帰責可能な程度において、他人の財物を損壊するということを「意識」しているというのである (K. Klee, Vorsatz und Triebhaftigkeit der Handlung, ZStrW. 48, 1 ff., 3 ff.)。ウインマーは、直ちに反論し、常習窃盗犯人は「衝動的」に行為しているといつても、抑制されずに行動に出るといふ唯一の価値表象は、まさに構成要件標識に対応しているものであって、「整頓された衝動行為」にはかならないのであるが、湿った指で本を汚損した場合は、構成要件標識の意識を欠いているのであると主張した (A. Wimmer, Über das Fehlen des Bewusstseins von Tatbestandsmerkmalen bei ungeordnete Triebhandlungen, ZStrW. 49, S. 675 ff., 679 ff.)。

問題の核心は、まさに器物損壊の故意の有無である。一般的にいえば、クレーが妥当であるが、ウインマーの主張が妥当する場合もないではなからう。「汚損」の意思がみとめられないときである。しかし、ここで重要なのは、両者共に「常習窃盗」は「故意」に欠けることはないという理解を前提にしているという点である。常習犯は、犯行の瞬間に至るまで、何ら特異な心的状態に陥っていないことになるのである。

(11) 前出、一注(29)。

二 常習犯否認論の検討と常習犯概念の確立

一 常習犯の観念は、古くからあったわけであるが、これを否定しようという態度も、また、決してなかったわけ

ではない。これは、常習犯概念が必ずしも明確ではなかったこと、「法律上の定義づけ」が行われたこともなかったことなどからして、やむをえないものがあつたといわなければならぬ。

尤も、常習犯否認論といえども、「常習犯」は存在しないというのではなかった。常習犯は責任無能力者であるといふのでもない。常習犯は、「営業犯」ないしは「累犯」に解消されてしかるべきであろうといふのであつた。常習犯概念を明確にするためには、このような態度の是非を検討する必要があるように思われる。

二 常習犯は、「営業犯」としてとらえられるべきであろうと主張したのが、ドツヒョーである。ドツヒョーは、常習犯の特徴を、「熟練」の故に、他の犯罪者に比較して「素速く犯罪実行の決意」をもつ点に求めながら、「営業犯」というより明確な輪郭を有する概念をもつてこれに代えることが望ましいとするのであつた。

ドツヒョーは⁽²⁾いう。——営業犯は、「営利の目的」をもっているのに対して、常習犯はこれを全くもたないことがあるというのは正当である。ベツセラーのように、両者の間に差異はないというのは、妥当ではない。⁽³⁾しかし、このことから、両者の区別が出てくるとすることはできない。多くの場合がそうだといふだけなのである。常習犯は、累行への「指向性 (Hang)」の認定が行われればよいとしても、この認定には困難が伴うことが多いし、営業犯がこの指向性をも具備するに至ったときの扱いがさらに問題となろう。また、常習犯では、「常習性」は、決意が素速く生まれてくるその過程がいかなるものが重要であるが、営業犯では、「営業性」は、意思の「目標」ないしは「目的」のみからこれを認識しうるのである。したがって、営業性の認定は、常習性の認定に比較し、常に容易なのである。ドイツ帝国刑法典の規定で、「常習性」を求めるものはこれを削除し、「営業性」をもつて代えうるものはこれに代えるべきである。——

たしかに、ドツヒョーの提言には、核心を衝く点が多い。特に、さきにも紹介した通り、ドツヒョーは、「常習犯」

にも「違法性の意識」は存在するという考えた方を言明した数すくない論者の一人であり、その「故意」の特徴は「熟練」による「素速い決意」にあるというのであるから、「累犯」が想定される「営業犯」の「故意」と共通したものが看取されるのは当然であつて、より認定の容易な「営業犯」にこれを吸収しようとするのも、それなりの根拠を有するものといえるのである。オーストリー新刑法典七〇条の一般的な「営業犯」規定は、このことを確認したという意味をもつことにもなろう。

だがしかし、ドツヒョーの提言は、一面的にすぎるといわざるをえない。常習犯と営業犯は、その心的特性において、決定的に相違するものをもっているといわざるをえないからである。「違法性の意識」の存在を前提にするといえ、常習犯では、「素速い故意」が認められることをもって足りるのに対して、営業犯では、「営利の目的」が必要とされるべきなのである。現に、ドツヒョーも、当時のドイツ刑法一五〇条の「常習性」を「営業性」に代替させるべきではないとい⁽⁵⁾う。おそらく、金貨の縁を削り取って流通に置くことなどはこれを「営業的」な行為とすることはできないと考えたからであろう。ドツヒョーの見地では、同条はこれを削除しなければならなかつたのである。破綻が生じることは明白である。ドツヒョーは、営業犯が常習性をも具備するに至つた場合の処理に疑問を提起するが、同一構成要件内での「営業的犯行」と「常習的犯行」であるならば、規定上の包括一罪と考えるなどすれば足りるのである。

ドツヒョーが、常習犯を営業犯との関連において理解しようとしたことは、極めて示唆に富むところであるといわなければならないが、われわれはこれにとどまることはできないのである。

三 営業犯・常習犯は、すべて「累犯」として扱われるべきであるとする論者としては、シユテングライン⁽⁶⁾があげられるが、ホエーゲエル⁽⁷⁾が、より詳細な議論を展開した。

ホエーゲルは⁽⁸⁾いう。——累犯・営業犯・常習犯の処理については、特に第二八回ドイツ法律家大会において、M・E・マイヤー、アシャツフェンブルク、カールが詳細な議論を展開したが、多くの問題がある。

営業犯は、「継続的な営利」を求めるごく僅かな犯罪についてしか規定されていない。財産犯以外では、通貨偽造罪・性犯罪・墮胎罪のほか、特殊な謀殺罪・傷害罪についてこれを考えることができるだけである。しかも、それは、特殊な「人間的特性」に属するものではなしに、単に、より重い非難に値する「情操」に基づくものとしてとらえられるべきである。したがって、それは「累犯」の場合に「加重事由」としておけば足りるのである。

一方、常習犯と「機会犯 (Gelegenheitsverbrecher)」の区別にも問題がある。両者を一括することはできないが、さりとて、これを截然と区別することもできないのである。たまたま、そのいずれかに割り振りされるのである。単に同じ犯罪をくり返したというだけで「常習犯」とすることは許されないといわなければならない。「常習窃盗犯」と称される者は、使い切れない程の大金を手にしても、なお窃盗を続けるであろうか。真正の常習性をもった者、たとえば、専ら盗むために盗みをくり返す者がいるとするならば、その精神状態に疑問が生じるのである。真正の常習的犯行は、「深く根付いた指向性」そのものが、何のためらいもなしに「直線的にその犯行につながる」場合だけに限定されるべきであろう。この意味では、「酒飲みの常習者」は存在する。また、風俗犯・浮浪者について、「常習性」を認めることもできる。しかし、最終的には、「累犯」を犯した場合に、「加重事由」として立法上考慮しておけば足りるといわざるをえないのである。しかも、「同種類の累犯」に限るべきである。その場合、立法者は、「ばね (Triebfeder)」の強さ故に全体を包括して観察しうる特定の犯罪群を限定しなければならぬであろう。——

ホエーゲルの特色は、営業犯・常習犯を、「特異な人間的特性」の所産とみなかった点にある。それ故に、累行がみられた場合にのみ、これを考慮すれば足りると考えたものと思われる。これまでの検討からして、このような考え

も充分に可能であるといわなければならない。特に、「深く根付いた指向性」が「ばね」になって、「直線的にその犯行につながる」点に、常習犯の心的特性を求めようとしたことは、ドッヒョーと同様、極めて示唆に富むものをもっているといえよう。当然のことながら、ホエーゲルにとっても、常習犯の「違法性の意識」に特段の問題は生じないことになる。

すでに、リストも、⁽⁹⁾通常人にとっては動機づけとならないような刺激も、常習犯にとっては強い刺激となるのである。この「表象」と「意思表示」のメカニズムは、常習犯をして、その行為が恰も規定の路線を何の妨害もなしに驀進するかの如くに進行させる契機になると指摘したことであった。いずれも、常習犯の心的特性を的確に表現したものと見えよう。

しかしながら、ホエーゲルの見解にも、多くの問題があるといわざるをえない。

第一は、営業犯・常習犯が、「累犯」を構成しなかつた場合の処理である。ホエーゲルによれば、このような場合は、通常の犯罪として処理すれば足りることになるが、理論的に問題であるし、諸立法例の基本的態度とも調和しないのである。営業犯・常習犯は、累犯の要件を充足しない場合でも、それぞれその固有の特性に応じて、個別に扱われてしかるべきなのである。

第二に、ホエーゲルは、常習犯を「真正の常習犯」と「いわゆる常習犯」に区分し、後者を、まさに一般的な犯罪としてとらえようとしたものと思われるのであって、そのこと自体は正当なのであるが、前者に関しては、極めて不明確なものを残してしまったことを指摘しなければならないのである。すなわち、ホエーゲルは、風俗犯などでは「真正の常習犯」は観念されるが、「真正の常習窃盗犯」は、むしろ「責任無能力」ないしは「限定責任能力」として扱われる可能性があることを示唆しているのであって、⁽¹⁰⁾そこに整合性を欠くものが看取されるばかりでなしに、そも

そも「盗むために盗む」者を精神異常ときめつけることには、⁽¹¹⁾重大な疑問が向けられてしかるべきなのである。その者は、まさに盗むことが「目的」なのであって、決して無目的に盗んでいるわけではないからである。「目的」と區別されうる「動機」を取て求めるならば、それは「常習性」という「犯罪指向性」にはかならないといふべきである。さきに紹介したリストも、通常人にとつては「動機」とならないような「刺激」⁽¹²⁾ですら、常習犯には「動機」たりうるといふ理解を前提とするのである。これに対して、ヴァールベルクは、単に盗むために盗む者は責任能力者ではないかの立言に出ており、その点では、ホエーゲルを支持することになるかに窺われないではないが、そのヴァールベルク自身、「常習窃盗犯は、いかなる動機からにせよ、あらゆる機会に、その窃盗指向性に従う窃盗犯人」にはかならないといふのである。⁽¹³⁾実は、ホエーゲルも、常習犯が「ばね」の作用を受けうるものであることを認めているといわざるをえない。しかし、「ばね」に弾き飛ばされるものと速断してはならないのである。⁽¹⁴⁾

第三に、ホエーゲルの関心は、「真正の常習犯」の心的特性の解明にあるのではなくして、「累犯性」への解消にあつたといわなければならぬが、彼の想定する累犯は、余りにも限定的であつて、従来からの伝統的な「累犯」の觀念と余りにも隔りがあるといわざるをえない点を指摘しなければならぬ。

元来、「累犯」とは、かつて有罪判決の執行を受けた者が、性懲りもなく二度、三度と犯罪を犯した場合を総称するのであって、必ずしも「同一犯罪」ないしは「同種犯罪」についてのみ累犯を考えるべき必然性はないとされてきた。後にも触れるが、第二八回ドイツ法律家大会において、「意見」を表明したM・E・マイヤー、アシヤツフェンブルク、「報告」を行ったカールも、累犯・常習犯・営業犯を相互に限界づけることの困難さを認めながらも、それぞれの独自性を確認する努力を要請したといつて過言ではないのである。⁽¹⁵⁾そして、三者の併存は、さきにも確認した通り、諸立法例の基本的態度として維持されてきたのである。ホエーゲルの提言は、極端にすぎるといわざるをえな

いであろう。それは、常習犯・営業犯を否定するための「累犯」にほかならないのである。

四 そもそも「累犯」とは、有罪判決・刑執行の効果もなしに、比較的短時間を経過した段階で、再度以上に亘つて犯罪を累行した場合を指称するものと考えるべきである。ホエーゲルの反対にもかかわらず、異種類の累犯も勿論存在するが、前刑の特別予防的效果が及びうる範囲内の犯行に限定するのが、合目的であろう。「窃盗」を犯した者が、服役二年後に全く無関係な「傷害」を行つたような場合には「累犯」とはいえないであろうとするエバーマイヤーの指摘は正当である。⁽¹⁶⁾ この意味では、わが現行刑法五六条以下には、問題がないわけではないと思われる。⁽¹⁷⁾

一方、「営業犯」とは、オーストリー新刑法典七〇条が定義するように、継続的な実行により継続的に収益を得ようとする犯行をいい、「職業犯」とは、必ずしも収益を求めるところではないにしても、なお継続的な業として犯行を行おうとする場合をいうものと考えることができよう。⁽¹⁸⁾ 前者に属するものとしては、すでに多数の先例があり、わが現行法上のものとしては、質屋営業法五条違反罪、古物営業法六条違反罪、公衆浴場法二条一項違反罪、覚せい剤取締法四一条二項違反罪などがあり、後者に属するものとしては、ドイツ刑法一四四条の「移民詐欺罪」のほか、わが国では、医師法一七条違反罪、売春防止法一一条二項違反罪などがある。特にわが国では、営業犯も職業犯も、常習犯とは別個の犯行形態であることを前提として規定されたものといわなければならない。ここに、わが国に固有の問題があるといつてよからう。しかし、それはまた、常習犯概念を純化させる契機ともなりうるものであることを指摘しうるであろう。

五 これまでの諸立法例や学説の成果を前提として、常習犯概念の純化を求めらば、「常習犯」とは、累行・熟練により、犯罪が「容易で快適な仕事」(フォイエルバッハ)となり、あるいは、「うまくいった」ことに「味を占め」(アシャツフェンブルク)、その「とりこ」(ヴァールベルク、ポツケルマン)になつて、絶えず犯行の「機会を

求め続け」(カール)、したがって、犯行決意も「素速く自明のもの」(ドツヒョー、リリエントール)として生じてくる行為者ないしは、そのような行為者になることを決意した者を指称するのである。⁽¹⁹⁾ホエーゲルも、結局はこの⁽²⁰⁾ような理解に到達していたといつて過言ではない。したがって、必ずしも営業犯・職業犯である必要はないし、累犯となる必要もないわけである。第二八回ドイツ法律家大会におけるカールの発言を藉りるならば、⁽²¹⁾「血となり肉となつた常習性」が、一定の客体に「自明のもの」として表出する犯罪行為者であればよいのである。ドイツの通説・判例が、犯罪累行によつて「独り歩き」を始めた「指向性」を常習犯の標識としてきたのは、この観点で肯定されよう。⁽²²⁾

勿論、常習犯が、営業犯・職業犯であることもあろうし、累犯としての要件を充足することもあろう。「常習累犯」を考へることも、充分可能である。⁽²⁴⁾また、「血肉となつた常習性」が看取される限り、「異種類の常習犯」を認めることも可能であるといわなければならない。第二八回ドイツ法律家大会において、M・E・マイヤーが明言したところである。⁽²⁵⁾

六 常習犯の存在は、これを否定することはできない。その概念標識は、深く根付いた犯罪指向性の発現としての犯罪累行性にあるといえよう。

われわれは、その外的特性としての累行性ではなくして、その内的特性としての犯罪指向性の解明に向かわなければならないのである。⁽²⁶⁾

- (1) A. Dochow, Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen, S. 16 ff., 66 ff., 96 ff.
- (2) A. Dochow, Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen, S. 96 ff., 98 ff.
- (3) ベッセラーとドツヒョーの対立については、前出、二・一注(6)。
- (4) 前出、一注(31)。

- (5) A. Dochow, Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen, S. 102.
- (6) M. Stenglein, Gutachten über den Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund (1869), Verhandlungen des Neunten Deutschen Juristentages, 1870, S. 13 ff., 15.
- (7) H. Hoegel, Die Einteilung der Verbrecher in Klassen, 1908, S. 39 ff., 70 ff.
- (8) H. Hoegel, Die Einteilung, S. 70 ff., 76 ff., 92 ff.
- (9) F. v. List, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2 Aufl. 1884, S. 219 f. 各段 後注 11・11注 (4)。
- (10) H. Hoegel, Die Einteilung, S. 83 f.
- (11) H. Hoegel, Die Einteilung, S. 84.
- (12) H. Wahlberg, Das Maß und der mittlere Mensch im Strafrecht, Grünhut-Z. 5, S. 488.
- (13) H. Wahlberg, Grünhut-Z. 5, S. 488 f.
- (14) 「犯罪」に弾き飛ばされた者には「責任無能力者」なのである。
- (15) M. E. Mayer, Gutachten über die strafrechtliche Behandlung von Rückfall, gewohnheitsmäßigem und gewerbsmäßigem Verbrechen, Verhandlungen des Achtundzwanzigsten Deutschen Juristentages, Bd. I, 1905, S. 145 ff.; G. Aschaffenburg, Gutachten über die strafrechtliche Behandlung von Rückfall, gewohnheitsmäßigem und gewerbsmäßigem Verbrechen, Verhandlungen des Achtundzwanzigsten Deutschen Juristentages, Bd. II, 1906, S. 3 ff. カール・ホエーゲルが参加した討議におけるカーンの発言が、Verhandlungen des Achtundzwanzigsten Deutschen Juristentages (Kiel 1906), Bd. III, 1907, S. 367 ff.
- (16) L. Ebermayer, Strafmittelsystem für das künftige Strafgesetzbuch, Verhandlungen des Neunundzwanzigsten Deutschen Juristentages, 1908, S. 259 ff., 301 ff.
- (17) 一九一一年のドイツ刑法草案対案九五条は、重罪または故意の軽罪の故に自由刑の執行を受けた者が、三年以内に、「同一の傾向 (Neigung)」に基づく行為により、重罪または故意の軽罪を行ったことを累犯の要件としたことであった。さらに、同対案九七条は、「営業犯」と「常習犯」につき、「累犯」の「加重刑」が宣告されるものとし、「累犯」に営業犯性・常習犯性が存在する場合には、「三犯以上の累犯」の刑が科せられるものとしたのである。W. Kahl-K. v. Lilienthal-F. v. List-J. Goldschmidt, Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs, 1911, S. 31 f. 以下は「われわれにとつて、極めて示唆に富む提

案であるといわなければならぬ。

- (18) K. v. Lilienthal, Beiträge, S. 44 ff.; F. v. List, Lehrbuch, 2 Aufl. S. 219.
- (19) A. v. Feuerbach, Revision, II, S. 344 ff. (後註 11・11注 (∞)); H. Wahlberg, Grünhut-Z. 5, S. 486; P. Bockelmann, Studien, II, S. 152 ff., Verhandlungen des 28 DJT. III, S. 373 f. [w. Kahl]; A. Dochow, Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen, S. 98 ff.; K. v. Lilienthal, Beiträge, S. 41 ff.
- (20) すでに紹介したように、ホエーゲルも、「深く根付いた指向性」が「何のためらいもなしに、直線的にその犯行につながる」点に、「真正の常習犯性」を眺めたのである。H. Hoegel, Die Einteilung, S. 84.
- (21) Verhandlungen des 28 DJT. III, S. 372 f. [W. Kahl].
- (22) J. v. Olshausen's Kommentar zum StGB. 12 Aufl. I Teil, 1942, S. 96 f. [E. Niehammer]; E. Mezger, Moderne Wege, S. 38.
判例も、帝国裁判所以来、このような理解を取り続けてきたが、比較的最近のものとしては、一九六二年二月二十八日の連邦裁判所第一刑事部判決を挙げることができよう。同判決は、「常習的売春周旋罪」の常習性に関し、「累行によって独り歩きを開始する指向性が形成され、それが、通常であれば有効・適切に働く抑止力を排除してしまう」と考えるのである。BGH, Str. 15, 1961, S. 377 ff., 379 f. なお、個々の判例については、後に適宜紹介する。ちなみに、常習賭博罪の「常習性」に関して、わが国の判例は、一貫して、「賭博行為を反復累行する習癖」としてとらえるのみである（大判大正三年四月六日刑録二〇輯四六五頁、最判昭和二年七月二十九日刑集二卷九号一〇六七頁、福岡高判昭和五〇年九月六日判例時報八〇九号一〇五頁、大阪地判昭和五一年一月一日判例時報八〇九号一〇五頁）。
- (23) アシヤツフエンブルク (G. Aschaffenburg, Verhandlungen des 28 DJT. II, S. 10 ff.) は、「一般的には、累犯は常習犯の前段階を構成するというが、妥当ではないといわなければならぬ。M. E. Mayer, Verhandlungen des 28 DJT. I, S. 148 ff. なお前掲、大阪地判昭和五一年一月十六日判例時報八〇九号一〇五頁は、「公然と遊技機を設置し、賭博行為を「営業的に行った」ことを、賭博の「反復累行習癖」の発現としてとらえた」とであった。
- (24) Verhandlungen des 28 DJT. III, S. 375 [W. Kahl]. 現に、かつてのドイツ刑法二〇条aや昭和四九年改正草案五八条は、この觀念を認めようとしたのである。
- (25) M. E. Mayer, Verhandlungen des 28 DJT. I, S. 173 ff.

盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」二条四号の常習性（刑法一三〇条の「常習性」と刑法三三五条等の「常習性」）も、このよ
うな見地において理解する必要がある。なお、中谷謹子「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」伊藤・小野・莊子編・注釈特別刑
法第二卷（昭五七）二八七頁以下。

(26) K. v. Lienthal, Beiträge, S. 31 Anm. 1.

三 常習性と行為性

一 「常習性」は、従来、一貫して「行為の特性」としてとらえられてきた。換言すれば、常習性は、意思責任・
行為責任の見地でとらえられてきたのである。たとえば、ヘルシュナーやリエンタールが、「悪しき意思のエネル
ギーの高まり」として常習性をとらえ、これを重い「意思責任」の根拠と解したこと、⁽¹⁾ ドツヒヨーが、熟練による
「犯罪決意の素速さ」を指摘したことに顕著である。⁽²⁾ 常習犯の心的特性は、「行為」の特性にほかならないとされたの
である。

二 常習犯の「行為」の特性に論及した初期の論者として、われわれは、まず、フォイエルバッハを挙げることが
できる。フォイエルバッハはいう。⁽³⁾ —

行為のくり返しは、未知の法則により、⁽⁴⁾ その行為を新たに行う「原動力 (Triebe)」となり、「技能」を生み出す。
常習は、感情と感覚を鈍化させ、通常ならば困難さと抵抗を伴う行為を「容易で快適な仕事」に仕上げる。常習は、
その原動力を通じて意思に働きかけ、意思を拘束し、行為を生み出す。

第一の犯罪は、有意性をもって行われる。くり返されることによって、この違法な「渇き (Begehren)」は常習化
され、やがて何の「反省 (Reflexion)」もなしに行われるようになる。常習犯は、「欲求 (Begierde)」の強さによつ

て理性を失い、犯罪抑制要因を有効に機能させえず、「熟考 (Nachdenken)」なしに犯罪に駆り立てられるのである。「熟考に代る常習性」、これが「常習概念」である。

常習犯は、「自由」と「有意性」の程度を低下させている。それ故に、より「危険」である。それ故にまた、市民的可罰性の程度を高めるのである。勿論、常習犯は、その行為が「犯罪」であるという「意識」を喪失するわけではないから、「責任能力」を喪失することもないのである。――

以上の分析については、これまでも断片的に紹介してきたところであり、後程も適宜取り上げてゆくが「常習犯」を「常習行為」の特性として把握していることに疑問はないであろう。常習性が「熟考」を放逐する結果、行為者は、いわば「非有意的」に行為に取り立てられるのである。しかし、行為者は、「行為」を行っていないわけではない。「犯罪」を行っているという「意識」を喪失してはいないのである。クラインシュロート⁽⁵⁾は、常習犯は「熟考」と「決意」なしに行為に出ているというが、フォイエルバッハは、「熟考」を欠くというだけである。ここに、両者の決定的な相違を眺めることができるのである。

尤も、フォイエルバッハの議論にも、曖昧な点がないではない。「有意性」と「非有意性」の区別が明確でない点である。さらに、「自由」と「有意性」の程度を低下させた常習犯に対して、「より危険である」ということで重い責任を帰属させることの当否も、問題である。しかし、この点は、フォイエルバッハにおける「違法と責任の未分化」を示すものとしてとらえることができる⁽⁶⁾。われわれは、常習犯における「有意性」を追究しなければならぬのである。

三 フォイエルバッハから約百年を経て、M・E・マイヤーは、より純化したかたちで「常習犯」の「意思責任性」を追究しようとした。第二八回ドイツ法律家大会において、M・E・マイヤーは、「常習性」の確定が容易ではない

という懸念から「累犯」をもってこれに代えようとする態度に対して批判的な立場をとり、累犯・常習犯・営業犯を、それぞれ分離独立させる方向を示しながら、「常習犯」の概念は、通常「営業犯」を包含しうるであろうとして、特に、常習犯につき、以下のように展開するのである。⁽⁹⁾ —

「常習性」は、「行為」の源泉となる。行為の根拠は動機と性格である。動機が明確に看取できるときには、性格に立ち入らずに行為を説明することができる。「常習性」とは、特段の強い動機が存在しないにもかかわらず、一定の活動に取りかかる「傾向 (Geneigtheit)」であると定義してもよい。⁽¹⁰⁾

帰責原理は、「性格は責任を加重し、動機は宥恕する」ことにあるのであるが、常習犯は、宥恕に値する動機の希薄さ故に「加重」されるのである。常習性は多かれすくなかれ「根付いたもの」ではあるにしても、「犯罪をくり返そう」という意思⁽¹¹⁾が、常習性の認識根拠となるのである。 —

M・E・マイヤーの「性格は責任を重くするが、動機は責任を軽くする」という立言は余りにも著名であるが、多くの批判を受けていることも、また周知の通りである。しかし、この立言には、正しい面があることはこれを否定することができない。犯罪への刺激・誘惑が大きければ大きい程、人間は犯行に走り易い。したがって、M・E・マイヤーが指摘するように、「動機」が強ければ強い程、「性格」に立ち入って考察するまでもなしに、「軽い責任」を肯定しうるのである。

⁽¹²⁾ しかしながら、「性格」もまた、「軽い責任」を基礎づけうるのである。「限定責任能力」がそれである。ゼーリツヒは、働くことがいやな「常習犯」は重い責任に値するにしても、「精神病質者」はその逆でなければならぬが故に、「人格相応性」そのものは決して重い責任を基礎づけえないという。正当である。

M・E・マイヤーは、専ら、「動機」の希薄さのみに注目して、常習犯の重い責任を構成しようとしたものと思わ

れる。「宥恕に値する動機」が希薄であるというそのことだけで、「重い責任」が導き出されうるといえるからである。「意思責任」の大原則も、守られることになる。「動機」は「行為」の根拠であるにすぎず、常習犯の「行為」は、M・E・マイヤーにとって、「行為者の精神」にほかならないからである。M・E・マイヤーの方法論は、一応正当であったといわなければならない。

しかしながら、常習犯は、はたして、「特段の動機」もなしに犯行を重ねるのであるか。

メツガー⁽¹³⁾は、「動機」が責任を軽くするのは、専ら「外部的誘因」が動機となった場合に限られるという。正当である。後にも検討するが、常習犯は「宥恕に値する動機」の希薄さ故に責任が重いというのは、外部的誘因の希薄さについてのみいえるのであって、「常習性」という「内部的誘因」は強い「動機」となりうることを看過してはならないであろう。すでに紹介したように、リストも、通常は動機となりえないような刺激も、常習犯にとっては犯行動機となることを指摘したことであった。

だがしかし、このような考慮は、常習犯についても、「動機は宥恕する」ことになりかねない。犯行への「外部的誘因」が「宥恕する根拠」とするならば、犯行への「内部的誘因」もまた「宥恕する根拠」たりうる筈だからである。⁽¹⁵⁾

われわれは、ここで、「動機」は「意思」に働きかける一誘因にすぎないことを、改めて確認する必要がある。常習犯についてこのことを考えるならば、「常習性」という内部的誘因は、それがいかに強靱なものであれ、それ自体が「独り歩き」をするわけではないのであって、必ず何らかの外部的条件が存在することを前提として、「犯罪的決意」がもたれるのである。常習窃盗犯は、「獲物を見て」盗みたくなるのである。⁽¹⁶⁾「意思」こそが決定的な行為の「根拠」であり、「動機」や「性格」は行為の「誘因」にすぎないことを反省する必要があるといわなければならない。M・E・マイヤーも、結局は、「行為者の精神」に基づく行為には「重い責任」を帰属させてしかるべきであると考えた

のである。「犯罪をくり返そうとする意思」⁽¹⁷⁾が、常習犯の意思責任の根拠であるといわなければならない。

M・E・マイヤーが、敢て「性格」に立ち入らずに「常習性」を説明しようとしたことは、後にも確認するように、正当な方向を示すものといえようが、「動機」だけをもってこれを説明しようとした点は、不充分であったといわざるをえないのである。⁽¹⁸⁾

- (1) H. Hälschner, Das Preussische Strafrecht, II, S. 418, 422; K. v. Lilienthal, Beiträge, S. 44 ff., 74 ff., 76 Anm. 1, 90 ff.
- (2) A. Dochow, Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen, S. 99, xviii; 前出 二・二注 (1) (4)。
- (3) A. v. Feuerbach, Revision, II, S. 344 ff., 350 ff., 415 f.
- (4) フォイエルバッハは、「未知の法則」というが、リストは、「表象」と「意思表動」の「メカニズム」といった(前出、二・二注(9))。しかし、「刺激」・「動機」は「表象」とされる必要はないから(後出、三・二以下。なお、前出、一注(13)(14))、「累行」が「意思表動」を「素速く」、「容易」なものにする「メカニズム」を考えるべきであろう。そして、その「メカニズム」は、やはり「未知の法則」(A. v. Feuerbach, Revision, II, S. 344) に基づくものとしかれないのではあるまいか。
- (5) G. A. Kleinschrod, Systematische Entwicklung, I, 3 Aufl., §59.
- (6) 内田・刑法概要中巻九頁注(6)(7)、一九一頁注(3)、二二五頁
ちなみに、フォイエルバッハは、「常習性」が「有意性」を喪失してしまうかの立言に出たようにも窺われる。リリエントール(K. v. Lilienthal, Beiträge, S. 33 ff.)は、この点をとらえて、「クラインシュロートとの類似性を指摘した。しかし、両者の間には、やはり決定的な差異がみられるのである。ヴァールベルグ(H. Wahlberg, Das Maß, Grünhut-Z. 5, S. 486)は、「常習性」と「非有意性」の「みかけ」の類似性を指摘する。正当である。
- (7) M. E. Mayer, Verhandlungen des 28 DJT. I, S. 148 ff., 152 ff.
- (8) M. E. Mayer, Verhandlungen des 28 DJT. I, S. 157 ff.
- (9) M. E. Mayer, Verhandlungen des 28 DJT. I, S. 153 ff.
- (10) M・E・マイヤーも、常習犯・営業犯の「法律上の定義付け」に疑問を呈しながら、敢て「常習性」を定義するならば、「特段

の強い動機が存在しないにもかかわらず一定の活動に取りかかる傾向」といってよからうといっているのである。M. E. Mayer, Verhandlungen des 28 DJT. I, S. 153 Anm. 11, 199.

- (11) M. E. Mayer, Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1901, S. 185 ff., 190.
- (12) E. Seelig, Grundsätzliches zur Strafbemessung nach dem Entwurf 1925, Mon Krim. 18, 1927, S. 237 ff., 247.
- (13) M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2 Aufl. 1923, S. 273 ff., 275, 275 Anm. 12.
- (14) 前出「二・二注(9)」。
- (15) クラインシュロートはこのように見地に立つものを「*Charakter*」。G. A. Kleinschrod, Systematische Entwicklung, Teil I, 3 Aufl. 8. 174 ff. 前出「一注(25)」。
- (16) 前出「二・二注(1)(2)(9)(12)(19)(21)(22)」。
- (17) M. E. Mayer, Verhandlungen des 28 DJT. I, S. 156. *vor § 17* K. v. Lilienthal, Beiträge, S. 31 Anm. 1.
- (18) M. E. マイヤーの「意思責任論」の問題性については、さらに、内田・概要中巻二二八頁以下。

四 常習性と行為者性

一 常習性を行為者性の見地でとらえようとする態度の萌芽は、すでに古くからあったといつてよい。たとえば、第二八回ドイツ法律家大会におけるアシャッフエンブルク、カールの見解にこれを認めることができるのである。すなわち、アシャッフエンブルク⁽¹⁾は、常習性を「全人格性」の表出としてとらえ、個々の犯行は全人格性の一標識にすぎないとみだし、カール⁽²⁾は、「血となり肉となった常習性」は「人格の本質部分」を形成するといっているのであった。ミッテルマイヤー⁽³⁾も、同様の理解を示したことであった。M. E. マイヤーですら、「性格」を度外視したわけではないのである。

しかしながら、論者は、行為性と行為者性の「対置」を意識的に前提としてはいなかったのである。行為と行為者

を「分断」することは無意味であるから、このような理解は、至極当然のものとみるべきであろう。一七九四年プロイセン普通ラント法の「墮落した性向」、一八一三年バイエルン刑法典の「悪質で危険な人間」も、この視座においてとらえることができよう。

しかし、ドイツ刑法が、「常習的犯行」に加えて、二〇条 a に「危険な常習犯人」を加重する旨の規定を新設したことに触発されたのであろうか、その後の学説では、行為性に対置されたかたちでの行為者を強く前面に打ち出す態度が有力となったのである。メツガーとポツケルマンに代表されるといえよう。

われわれの主題は、「常習性」はこれを「行為者性」の強調なしには把握しえないものかどうかを訊ねることにあるといわなければならない。

二 尤も、メツガーは、すでに紹介したところからも明白であるように、⁽⁴⁾「行為責任」を前提としながら、「性格学的分析」の必要性を唱えるのであって、彼にとり、行為責任と行為者責任は併列され、ないしは、融合される傾向にあったといつてよい。その「行状責任」論がこれを物語る。メツガーは⁽⁵⁾いう。――

犯罪にとりつかれた常習犯といえども、責任能力者である以上は、従前の生活を法の要請に適合させるよう規制し、現在の深く根付いた「指向性」に対抗することができたのである。このような場合の「責任」は、具体的な「行為責任」に並んだ「行状責任」と呼ぶことができるのである。――

しかしながら、メツガーが、常習犯を「行状責任」の見地でとらえなければならなかった根拠には、理解に苦しむものがあるといわざるをえない。常習犯の「個々の行為」について「違法性の意識」が認められると考える以上、敢て「行状責任」を援用する必要はない筈なのである。⁽⁶⁾メツガーが、「行状責任」を強調したのは、ドイツ刑法二〇条 a の新設に引きづられたからではないかと思われる。⁽⁷⁾

同様の批判は、ポツケルマンの「生活決定責任」に対しても向けられてしかるべきであるが、とりあえず、その主張を大きくことにしよう。ポツケルマンは、つぎのような議論を展開する。⁽⁸⁾——

常習犯・営業犯は、累犯よりも強く「行為者性」に結びついている。特に常習犯は、帝国裁判所の判例が、「累犯により深く根付いた犯罪指向性」を掲げてきたところからも明白であるように、「行為者性」を抜きにした「個々の行為」からは説明されえないのである。刑法二〇条aの「危険な常習犯人」は、まさにこのような理解を前提にしているといわなければならない。メツガーの「行状責任」は、従来の単純な「行為者主義」に比較して、遙かに説得的である。

しかし、人間の生活は、いかに悪い結果を招いたにせよ、そのすべてが全面的に「悪かった」というわけではない。「行状責任論」は余りにも広汎にすぎる。「行為者責任」は、行為者が誤った路線を選択した点にこれを求めるべきである。誤った生活を送ったことではなくして、誤った「生活決定」をしたことにこれを求めるべきなのである。「リチャード三世（グロスター公）」が、「思いきり悪党になって見せるぞ」と叫んだことが、その行為者責任を基礎づけるのである。暗黒の悪魔の「とりこ」になったことである。——

右に紹介したところから直ちに明白であるように、ポツケルマンは、メツガーの「行状責任」を批判的に承継して「生活決定責任（Lebensentscheidungsschuld）」の理論を樹立し、当時のドイツ刑法二〇条aの「危険な常習犯人」の概念を合理的に説明しようとしたものといえるであろう。

しかしながら、ポツケルマンの理論にも、幾多の問題が包蔵されているのである。

第一に、常習犯・営業犯、特に常習犯においては、「深く根付いた犯罪指向性」は、「行為者性」を抜きにしては把握しえないという主張の当否が問題である。わが国においても、「累犯」はともかくとして、「常習犯」は深く「行為

者性」に結びついていてという理解がかなり有力に行われていることでもあり、この点は、ゆるがせにすることはできないのである。しかしながら、ドイツの学説・判例は、さきに眺めた通り、問題を「行為性」の見地で解決してきたといわなければならない。一九三九年七月二日の帝国裁判所第五刑事部判決も、累行によって形成された「犯罪指向性」と「犯罪的意思の強靱さ」が、将来の累行を懸念させるに足りるだけの「危険性」を示す点に、二〇条aの適用根拠を求めたことであつた。ポツケルマンの反対にもかかわらず、「常習性」は「個々の行為」吟味なしには確認しえないのである。⁽¹¹⁾

第二に、より一般的な見地で、ポツケルマンの「生活決定責任」に対する疑問が提起されなければならない。

たしかに、「生活決定責任」は、「行状責任」を限定しうるであろう。しかし、逆に、悪魔の「とりこ」になろうと「決定」した場合だけにしか「生活決定責任」を問えないことになってしまう。働くことがいやで知らず知らずのうちに窃盗の常習犯になってしまったような者に対しては、「常習窃盗犯」の責任は問えないのである。これが、ポツケルマンの本意なのであろうか。極めて疑問であるといわなければならない。

「悪党になって見せるぞ」と決意した者に対しては、「生活決定責任」が妥当するとしたところで、それだけで「刑事責任」が問えるわけではない。この点が、「行為者責任論」の決定的な誤りであるといわなければならない。「犯罪指向性」そのものは、「放縦な生活」に基づくものであれ、「悪党になろう」という決意」に基づくものであれ、それだけでは「犯罪」ではないのである。⁽¹²⁾ 犯罪は「自明のもの」になつてしまつたといつても、「犯罪指向性」が「独り歩き」を始めたといつても、改めて「犯罪実行」がなければ、「歩き始めた」とはいえないのである。⁽¹³⁾

従来の伝統的な考え方が、「犯罪指向性」を「常習犯」の概念標識としながら、なお「行為者性」の見地に赴かなかつたのは、当然のことながら、正当であつたといわなければならない。メツガーは勿論、ポツケルマンも、安易に

「行為者責任」に依存したものといわなければならない。

三 そもそも、刑法は、「彼が何であるか」について関心をもつべきではない。「彼が何を行ったか」に関心をもつべきである。アルトゥール・カウフマンが正当に指摘するところである。⁽¹⁴⁾

これに対して、論者は、「行為者責任」といえども、行為者そのものはこれを当初から問題にするわけではないのであって、行為を通して「全行為者性」を評価するのみであると反論するであろう。だがしかし、「個々の行為」の評価に徹しない以上は、ポツケルマンが指摘する通り、全生活が悪に染まっているわけではないにもかかわらず、結局は、「全生活」を評価の対象にせざるをえないというべきである。リリエントールは、このような理解によるならば、「常習犯」はこれを生活全体に跨る「集合犯」として把握せざるをえないという。けだし至言といえるべきである。ヴェルツェルは、危険な常習犯人について、「みずから悪い者になってしまった」ことが、個々の行為責任を超える重い行為者責任を基礎づけることになるというが、到底、リリエントールの批判を躲すことはできないであろう。常習犯についても、「行為者性」を強調する必要はない。行為者性の強調は、刑法の鉄則を破ることになるのである。⁽¹⁸⁾

しかし、それだけに、常習「行為」の認定には、慎重な吟味が要請されることに充分留意する必要がある。⁽¹⁹⁾

(1) G. Aschaffenburg, Verhandlungen des 28 DJT. II, S. 18, 31.

夙に、ヴァールベルク (H. Wahlberg, Das Maß, Grünhut-Z. 5, S. 496 ff.) も、来歴や性格は、それが行為に表明される限りでのみ考慮されるにすぎないとしたことであった。

(2) Verhandlungen des 28 DJT. III, S. 372 f. [W. Kahl].

- (3) W. Mittermaier, Die Behandlung unverbesserlicher Verbrecher, VDA, III, S. 360, 371.
- (4) 前出、一注 (27)。
- (5) E. Mezger, Moderne Wege, S. 35, 38, 45.
- (6) 前出、一・三、一注 (22) (27)。
- (7) 前出、二・一注 (9)。
- 現に、メツガーは、二〇条 a の「責任」と「危険性」の結びつきに腐心したったのであった。E. Mezger, Die Behandlung, Mon. Krim. 14, S. 156 ff., 166 ff., 169 ff.
- (8) P. Bockelmann, Studien, I, S. 11 ff., 29 ff.; ders. Studien, II, S. 4 ff., 36 ff., 128 ff., 152 ff.
- (9) 団藤・刑法綱要総論第三版五三二頁以下。
- (10) RG. Str. 73, 1940, S. 276 ff., 277.
- (11) 一九三四年四月一九日の帝国裁判所第二刑事部判決 (RG. Str. 68, 1934, S. 149 ff., 154 ff.) も、危険な常習犯は、将来の累行による法的安全性危殆化の可能性のみならず、これまでに行われた犯行と、これまでに示された「犯罪的意思の強靱さ」が、犯罪指向性の促進継続を十分に蓋然的なものとする必要があると判示するのである。
- また、一九三三年一月二九日の帝国裁判所第三刑事部判決 (RG. Str. 58, 1925, S. 24 ff., 26) は、当時の「常習贓物罪」(二六〇条) に関して、「行為」の吟味を要請し、個々独立の行為なのか一連の行為なのかを検討し、比較的短時間で一連の行為がみられたときには、それが贓物行為の「指向性」に基づくものかどうかを検討しなければならないという。
- (12) K. v. Lilienthal, Beiträge, S. 74 ff.
- (13) 常習犯は、フォイエルバッハにとって、「熟考」なしに(非有意的に) 行為に出るのであり(前出、二・三注 (3) (6))、リストにとっては、既定の路線を何の妨害もなしに「導入」するのである(前出、二・二注 (9))。
- (14) Arth. Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein, S. 94 ff., 96.
- (15) 団藤・刑法綱要総論第三版二六〇頁以下。
- (16) K. v. Lilienthal, Beiträge, S. 55.
- (17) H. Welzel, Persönlichkeit und Schuld, ZStrW, 60, 1941, S. 428 ff., 460 ff., 462.

- (18) 前注(14)。*von Hippel*, Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2 Aufl. 1976, S. 187 ff.; H. J. Rudorphi, Unrechtsbewußtsein, S. 279 ff. なお、ゲッセル (Maurach-Gössel-Zipf, Strafrecht, Allg. T. II, 7 Aufl. S. 466) は、「常習性」の特徴を、「性癖 (Tendenz)」ではなく、「指向性」に求める。正当な方向を示すものといえよう。
- (19) リリエンタールは、「既に実行された行為」のうち、新たな犯行を「確言する意思」が認められるかどうかを認定しなければならぬというのである。K. v. Lilienthal, Beiträge, S. 44 ff., 88 ff. なお、前注(11)。
なお、H・シユレーダー (前出、一注(8)) は、「ならず者」に対しては「行為者責任」を考えなければならないというが、その必要もないといわなければならない。

三 常習犯の心的特性

一 常習犯と自由意思・責任能力

一 常習犯も、当然に自由意思の主体である。およそ「人間」は、後悔し、欲求し、喜ぶのであるから、「経験的自由意思論」⁽¹⁾に立脚する限り、「自由」なのである。クラインシュロートやフォイエルバッハも、「自由の減弱」を指摘するだけであって、自由の不存在を唱えたわけではないのである。⁽²⁾ところで、ヒッペルは常習犯には、他行為選択の可能性が殆ど存在せず、したがって、「自由意思論」に立つ限り、すくなくとも「減輕」しなければならぬ筈であり、それは実務の要請にも民族感情にも背く結果になると指摘する。⁽³⁾常習犯を例示して、「自由意思論」を論難し、「決定論」の妥当性を高唱しようとしたわけである。ヒッペルにとっても、常習犯は責任無能力者ではないが、「常習性」によって「決定」されているのである。しかしながら、ヒッペルの指摘は妥当でないといわなければならない。常習犯に限らず、なにびとも、犯罪行為以外の選択ができなかったからこそ、当該犯罪が行われたのである。つまり、

「他行為選択の可能性」は、論理的には常に「存在しなかった」のである。リリエントール⁽⁴⁾が指摘するところである。自由意思の存在は、過去の他行為選択の可能性の存在に求められるべきではない。現時点での挫折感・満足感に求められなければならない⁽⁵⁾。したがってまた、メツガー⁽⁶⁾が、常習犯も、正しい生活を送っていたならば、他行為の選択が可能であったといい、エンギツシュ⁽⁷⁾が、常習犯にも「規範的覚せい可能性」が認められるといっているのも、何ら解決を示唆したことにはならないというべきである。パール⁽⁸⁾が指摘するように、常習犯は、その自由かつ有責な犯罪的意思を「自明のもの」として「発現」しているにすぎないのである。

二 常習犯は責任能力者である。フォイエルバッハ⁽⁹⁾が明言していた。リストも、⁽¹⁰⁾「改善不能な常習犯人」だけを責任無能力者とみたのである。

これに対して、ホエーゲルは、盗むためにのみ盗み続ける者の精神状態は異常であるという⁽¹¹⁾。しかし、この立言は、「常習犯」の中には、責任無能力者も含まれる可能性もあろうということを示すだけである。責任無能力者は、その原因を「有責」に招来したかどうかにかかわらず、何を行っても「処罰」されえないのである⁽¹²⁾。「原因において自由な行為」の場合は別ではないかという疑問もありえようが、この場合は、「有責」に「一時無能力状態」を惹起しただけであることに注意しなければならない⁽¹³⁾。ドイツ帝国裁判所の判例も、常習犯の責任能力を当然の前提としてきた⁽¹⁴⁾といつてよい。

これに対して、常習犯は、多く「限定責任能力者」ではないかという疑いがもたれる。M・E・マイヤー⁽¹⁵⁾は、それ故に、限定責任能力者でない常習犯を問題にしたのである。

限定責任能力者も、責任無能力者と同様、専ら「精神の障碍」により、一定の「心的特性」に陥った者に限定されなければならない。したがって、深く根付いた犯罪指向性が、専ら精神の障碍に起因して、行為が評されないもので

あることの洞察能力とこの洞察に従って行動する能力とを著しく「減弱」させた結果生じたものであるときは、端的に「限定責任能力」を認めるべきである。⁽¹⁶⁾ 常習賭博者が限定責任能力者である場合は、刑法一八六条の刑を刑法三九条二項により「減輕」すれば足りよう。⁽¹⁷⁾

限定責任能力者は、常習犯となる可能性を内包しているとはいえようが、常習犯は決して限定責任能力者ではないといわなければならないのである。⁽¹⁸⁾

- (1) 内田・刑法概要中巻、〇〇頁以下。
- (2) 前出、一注(25)(26)。
 参見、H. Hälschner, Das Preussische Strafrecht, II, S. 142 ff.
- (3) R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, 1930, S. 285 Anm. 4.
- (4) K. v. Lilienthal, Beiträge, S. 79 ff.
- (5) 内田・概要中巻、一〇三頁以下。なお、後出、四・四注(16)。
- (6) E. Mezger, Moderne Wege, S. 38.
- (7) K. Engisch, Die Lehre von der Willensfreiheit, 1963, S. 62.
- (8) L. v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. II, 1907, S. 23 ff. なお、内田・概要中巻、二二頁注(27)。
- (9) 前出、一注(30)。
- (10) F. v. List, Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. II, 1905, S. 214 ff.
- (11) 前出、二・二注(二)。
- (12) K. v. Lilienthal, Beiträge, S. 78 ff.
- (13) 「原因において自由な行為」の場合は、責任能力者が、一時、有責に責任無能力状態を招来したにすぎないのである。「常習性」の比較として、H. Wahlberg, Das Maß, Grünhut-Z. 5, S. 487 ff.

- (14) 一九三四年二月十一日の帝国裁判所第一刑事部判決も、「犯罪指向性」が生来のものか、習得されたものかを問わず、行為が許されないものであることを洞察し、それに従って行動する能力を失わない限りは、二〇条 a の「危険な常習犯」として評価しなければならぬという。RG, Str. 69, 1936, S. 129 ff., 130 f. *zu 67*. K. v. Lilienthal, Beiträge, S. 80 f.
- (15) M. E. Mayer, Verhandlungen des 28. DJT. I, S. 147 ff.
- (16) J. v. Clshausen's Kommentar, I, 12 Aufl. S. 317 f. f. E. Niehammer]. 一九三八年九月一九日のドイツ帝国裁判所第三刑事部判決は、この点を明言したことであった (RG, Str. 72, 1939, S. 326).
- (17) ちなみに、岡山地判昭和四一年三月二五日下午級刑集八卷三号四八二頁は、「暴力行為等処罰ニ関スル法律」一条の三所定の「常習性」を有する者が、「傷害」を行ったが、その者は飲酒酩酊で「心身耗弱」状態であったという事案につき、刑法三九条二項の適用を肯定する。「原因において自由な行為」の法理が妥当しない限りは、やむをえない結論であろう。これに対して、広島地判昭和四三年六月二二日判例タイムズ二二五号二四八頁は、「心身耗弱」状態では、「常習性」の発現は困難ではなからうかという。しかし、心身耗弱の故に「常習性」を有するに至ったという場合の存在はこれを肯定する余地を認めるのである。また、事案は、「常習傷害行為」そのものが認定されえないというのである。なお、内田文昭「暴力行為等処罰ニ関スル法律」伊藤 II 小野 II 莊子編・注釈特別刑法第二卷二二二頁以下、二四四頁。
- (18) ボッケルマン (P. Bockelmann, Studien, II, S. 26 ff., 36 ff.) は、当時のドイツ刑法五一条二項 (限定責任能力規定) と二〇条 a の親近性を指摘し、刑法も「行為者は何を行ったか」ではなしに、「何であるか」に関心をもっているという。しかし、刑法の論理は、逆であるといわなければならない。刑法は、行為者が「何を行ったか」を前提とした上で、彼がそのことにつき、責任を負うことができるかどうかという見地から、彼は「何であるか」を訊ねるのである。旧二〇条 a は、行為者が、「新たな犯罪行為」に出たことを前提として「加重」するのであり、旧五一条二項は、「未遂犯」の「減輕」を前提としたのである。危険な常習犯人そのものを「加重」し、限定責任能力者そのものを「減輕」することは、不可能であることを看過してはならないであろう。

二 常習犯と動機づけ・抑制表象

- 一 M・E・マイヤーは、「動機づけ」の希薄さをもって常習犯の心的特性を説明しようとしたのに対して、メツ

ガーは、一般的に、「外部的刺激」だけを「動機」とみることの不当さを強調した。さきに紹介したところである。⁽¹⁾ 常習犯は、「常習性」という「内的特性」が「動機」となって犯行に及ぶのである。

常習性が「動機」になるということは、すでに、フォイエルバッハ⁽²⁾が、常習犯にとっては、犯行が「容易で快適な仕事」になったと指摘していたところからも、これを首肯しうるであろう。リストも、通常は動機となりえないような刺激も、常習犯にとっては犯行動機となりうることを指摘していた。

常習性が動機となりうることを比較的詳細に言及したのは、ハイムスである。ハイムスは、哲学者ツイーグラの⁽⁴⁾見解を援用し、常習犯においては、好みとなった常習性が動機となって犯行が行われており、ほかの行動に出るのは不愉快で不都合なものになってしまっているというのである。⁽⁵⁾

しかしながら、いかなる常習犯といえども、常習性という「内的動機」のみに支配されているわけではないことを看過してはならない。常習窃盗犯人は、「獲物」があるから盗むのである。さきに一言したところである。⁽⁶⁾ また、常習性犯罪者といえども、無差別に「人」に挑みかかるわけではない。シュミットホイザーが指摘する通りである。⁽⁷⁾

常習犯は、いくばくかの「外部的刺激」に「敏感」に反応しているにすぎないのである。「内的動機」の過大評価は、この実体を見誤るおそれがある。改めて確認しなければならない。

二 常習犯の「心的特性」を「抑制表象」の欠如に求めようとする理解も、古くから行われている。たとえば、ミッテルマイヤー⁽⁸⁾は、常習犯においては、「抑制表象」が欠如するか、すくなくとも有効に機能しないと述べていた。一九二三年一月二九日の帝国裁判所第三刑事部判決⁽⁹⁾も、後悔とか処罰の怖れとかが衝動を阻止せず、むしろ、「抑制表象」を生じさせないか、あるいは、「抑制表象」を有効に機能させないような事情が常習性の特徴であるとしたことであった。

しかし、「抑制表象」が生じないというのは、正確ではない。抑制表象が常習性によって押さえつけられ、有効に機能しえず、したがって、「反対動機」が形成されなかったにすぎないと考えるべきなのである。フォイエルバッハ⁽¹⁰⁾が常習犯においては、「欲求」の強さが「熟考」を押さえつけるから、犯行を断念するための動因が有効に機能せず、彼は理性の声に耳を傾ける力を失ってしまうと指摘していたことを想起しえよう。リリエントール⁽¹¹⁾も、同様の見解を示していたし、最近では、シェーヴェ⁽¹²⁾がこの点を確認しているのである。

三 常習犯の「心的特性」は、「常習性」という「内的動機」が強烈であるために、多少の刺激によって触発され、「反対動機」が形成されることなしに、ないしは、「反対動機」が抑圧され、犯行が恰も「自明」のこのように「素速く」行われる点にこれを求めるべきである。⁽¹³⁾

勿論、「常習性」は「表象」される必要がない。⁽¹⁴⁾ 動機のない犯罪はありえないが、それは表象される必要はないということである。⁽¹⁵⁾ しかし、このことは、常習犯にとって「抑制表象」が生じないということの意味しない。フォイエルバッハ⁽¹⁶⁾が言うように、自己の行為が「犯罪」であるという「表象」なしに犯罪を行うことはありえないといわなければならないのである。「犯罪の表象」は、当然、「抑制表象」となる。「抑制表象」が、常習性により圧殺されて「反対動機」とならなかっただけである。勿論、「反対動機」たりえなかったことについての「表象」も必要ではないといわなければならない。

(1) 前出、二・三注(9)(11)(13)。

(2) 前出、二・三注(3)。

(3) 前出、二・三注(14)。

(4) Th. Ziegler, Das Gefühl, 3 Aufl. 1899, S. 277 ff., 287 f.

- (5) E. Heims, Zur Lehre vom Schuldbeginn, ZStrW. 40, S. 585 ff., 587, 587 Anm. 6.
- (6) 前出⁽¹⁾ 二・三注 (16)。
- (7) E. Schmidhäuser, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins, H. Mayer-Festschrift, S. 333.
- (8) W. Mittermaier, Die Behandlung unverbesserlicher Verbrecher, VDA. III, S. 329.
- (9) RG. Str. 58, S. 24 ff., 25f. 549 前出⁽¹⁾ 二・四注 (11)。
- (10) 前出⁽¹⁾ 二・三注 (3)。
- (11) K. v. Lilienthal, Beiträge, S. 31 Anm. 1, 42.
- (12) G. Schewe, Bewußtsein, S. 147 ff.
- (13) 前出⁽¹⁾ 二・二注 (19) — (22)。
- (14) 一八九九年二月一日のドイツ帝国裁判所第四刑事部判決 (RG. Str. 32, 1900, S. 394 ff., 397) は、累行によって独り歩きを始めた指向性を満足させることが、行為者にとって「意識的」ないしは「無意識的」に「常習」となることを要請したことである。常習性の意識が必要でない点については、異論はないであろう。K. v. Lilienthal, Beiträge, S. 31 Anm. 1.
- (15) 内田・刑法概要中巻二五四頁以下。
- (16) 前出⁽¹⁾ 二・三注 (3)。

三 常習犯と人間的感動

一 常習犯は、「人間的感動」を欠如させているといわれる。すでに紹介したように、フォイエルバッハが指摘していた。⁽¹⁾ 常習犯は、余りにも多くの犯罪を行ったので、理性の声に耳を傾けることができなくなり、人間的感動は時間により押さえつけられ、永久に沈黙させられてしまうともいわれる。⁽²⁾

さらに、一九五二年一八日ドイツ連邦裁判所刑事連合部決定が、「人間的感動力を失った常習犯人」について論じていたことは、冒頭に取り上げたところである。このような理解は、一九六一年二月二八日のドイツ連邦裁判所第一

刑事部判決⁽³⁾にも再現している。同判決はいう。――

常習的売春周旋行為に出る者は、常習性によって、その行為の時点で、何らかの「人間的疑念 (sittliches Bedenken)」との対決もなしに、周旋行為に出る。そのような疑念は、事後的には、おそらく第三者の「反応」によって喚起されるであろうとしてもである。常習犯にとって、犯行は「手間を要しない (von der Hand gehen)」ものなのである。――

たしかに、人間的感動の欠如は、常習犯の「心的特性」を端的に示すものといえよう。常習犯にとって、犯行は「自明のもの」であり、⁽⁴⁾「手間を要しないもの」なのである。

しかしながら、このような心的特性は、フォイエルバッハが指摘していたように、「良心の声」が、深く根付いた常習性によって押さえつけられてしまったことの結果として生じたものであることを看過してはならない。常習性が「独り歩き」を始めたかの如くに見えるだけなのである。⁽⁵⁾ ドツヒヨ⁽⁶⁾は、「常習性」によって足や手が自動的に動いているように見えるのは「うわべ」だけであって、実は「注意深く」行動しているに違いないという。さもなければ、「こける」し「書き損じる」であろうというのである。まさに至言である。

二 そもそも、常習犯に人間的感動が欠如しているように見えるのは、まさに「うわべ」・「みかけ」だけであるといわなければならぬ。良心の声を全く耳にしない常習犯人は、白昼堂々と犯行に出る筈である。しかし、常習犯は、一般に、犯行の「機会」を求め、失敗しないための「準備」を行い、手頃な「客体」を選び、巧妙な「手口」を用い、発覚しないよう「後始末」に出るのである。⁽⁷⁾ にもかかわらず、これを、良心の声を耳にしない者の行動であるというのは、愚かである。

夙にハイムス⁽⁸⁾は、常習犯が、「心理的中間項」を「省略」していることを指摘していた。人間的感動部分を敢て

「省略」し、代わりに「犯行成就」に専念するのが、常習犯であるといえよう。ヤコブス⁽⁹⁾によれば、常習犯は、「犯罪のエリート」なのである。

一九六一年二月二八日の連邦裁判所判決も、常習犯は、事後的には、第三者の指摘により、人間的疑念に達しようであろうという。しかし、犯行の「瞬間」においても、人間的疑念は存在したのである。それ故に、「慎重」な犯行に出るのである。真に人間的疑念を喪失してしまった者は、第三者の指摘程度で、これを「回復」しうる筈はないであろう。人間的感動・人間的疑念の「欠如」は、まさに「うわべ」にすぎないといわなければならない。常習犯は、良心の声に「耳を傾けようとしなかった」だけである。

三 常習犯は、その責任能力に「陰り」がないにもかかわらず、「常習性」の故に、僅かの「刺激」に容易に触発されて「犯行動機」が形成され、「抑制表象」・「人間的疑念」も押さえつけられて、ひたすらに「犯行成就」へと向うのである。リスト⁽¹⁰⁾がいうように、「その行為が恰も既定の路線を何の妨害もなしに驀進するかの如くに」である。結局、常習犯は、ドツヒョー⁽¹¹⁾がいうように、「常習性と充分に戦わなかった」のであり、リリエントール⁽¹²⁾がいうように、単に犯罪が「上手 (fertig)」であったにすぎないのである。

- (1) 前出、二・三注 (3)。
- (2) A. v. Feuerbach, Revision, II, S. 350.
- (3) BGH. Str. 15, S. 377 ff., 380. なぎ、前出、二・二注 (22)。
- (4) 前出、二・二注 (19)。
- (5) 前出、二・四注 (12) (13)。
- (6) A. Doehow, Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen, S. 17 f.

- (7) G. Schewe, Bewußtsein, S. 151.; E. Schmidhäuser, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, H. Mayer-Festschrift, S. 333. 「前田」 二・二注 (9)・三・二注 (16)・三・二注 (9)。
- (8) E. Heims, Zur Lehre vom Schuldbegriff, ZStrW. 40, S. 587 f.; ders. ZStrW. 40, S. 750 ff.
- (9) G. Jakobs, Strafrecht, Allg. T. 2 Aufl. 1991, S. 486 f. 「後注」 (12)。
- (10) 前出⁽⁷⁾ 二・二注 (9)。
- (11) A. Doehow, Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen, S. 69.
- (12) K. v. Lilienthal, Beiträge, S. 31 Anm. 1.

四 常習犯における「違法性の意識」

一 総 説

一 厳格故意説の見地では、「違法性の意識」とは、故意を生み出す「動機」ではないが、構成要件の故意・不法故意に随伴する「後めたさ」である。⁽¹⁾そして、それは、構成要件の故意・不法故意と「一体化」して「故意責任」を構成するのである。行為者の心的状態において「一体化」した責任要素を、敢て故意と区別するのは、「故意」は、具体的・個別的な事実の認識・認容という「意思的側面」を構成するのに対して、「違法性の意識」は、故意に随伴する一般的な「後めたさ」という「情緒的・感情的側面」を構成するものだからである。一体となった「人間の心」を、その「意思的側面」と「情緒的側面」に区分することは、体系論の要請に適合する限り、これを拒否する必要はない⁽²⁾というべきである。

ここで、「情緒的なもの」は刑法上考慮してはならないという批判があるとするならば、「違法性の意識の可能性」

という非現実なものならば何故これを考慮する必要があるのか、という反論を加えることで充分であろう。「情緒的なもの」を抜きにして、「人間の心」を考へることはできない筈なのである。ベーリングが⁽³⁾いうように、「違法性の意識」こそは、尤も単純明快な生活現象そのものなのである。ハイムスやメツガーも、当然のことながら、「違法性の意識」を「感情」・「情緒」としてとらえようとしたのである。「故意」の「心理学的構造」分析を志向するプラッツグンマーやシェーヴェルも同様である。⁽⁶⁾⁽⁷⁾

二 「違法性の意識」は、故意に随伴する「無価値感情」すなわち「後めたさ」であるから、かなり包括的・一般的な「意識」であつて、決して具体的な「認識」ではない。シェーヴェの⁽⁸⁾表現を藉りるならば、「全体的評価」なのである。しかし、それは、法益侵害に対する「後めたさ」であることもつて足り、道徳的・倫理的な意味での「後めたさ」を包含する必要はないし、「可罰性の意識」すなわち処罰されることの「後めたさ」に限定される必要もないのである。この点は、従来から一般的に承認されているところである。⁽⁹⁾

他方、「違法性の意識」は分割されうることに注意しなければならない。「包括的」な意識であるからといって、およそ法益侵害に関する「後めたさ」をもつて足りるとすることはできないのである。⁽¹⁰⁾

三 「違法性の意識」も、「故意」に随伴するものであるから、当然に「行為の時点」において「存在」しなければならない。故意は行為の「瞬間」に存在しなければならないが、「違法性の意識」はその必要がないのであつて、「違法性の意識の可能性」があれば足りるというヴェルツェルや、⁽¹¹⁾激情犯・衝動犯においては、行為が禁止されているというものを「意識」しえない状態に陥ることがあるという一九五二年三月一八日の連邦裁判所刑事連合部決定は、人間の「心」を殊更に「分裂」させる議論にほかならないといふべきである。犯行の瞬間に「人を殺す決意」・「他人の財物を窃取する決意」が明確に存在する以上、それは「悪いことである」という「意識」が随伴するのは至極自然

である筈なのに、敢て「悪いことである」という意識は現実に存在する必要がないというのか、納得のゆく説明は行われていないのである。強いていうならば、それは、「責任説」独自の主張にすぎないというべきであろう。ヴェルツェル⁽¹²⁾は、「不法意識」(Unrechtsbewusstsein)と「不知了知」(Unrechtskenntnis)及び「不知了知の可能性」とを区別し、激情犯には、「不法意識」が欠けることはあっても、「不法了知」に欠けることはないかの立言に出たことがあった。「不法了知」とは何か。人の心は、ますます「分裂」してしまふのである。これらの点については、すでに随所で指摘してきたところであるが、⁽¹³⁾ここで改めて再確認しておかなければならないのである。「故意」と「違法性の意識」の同時存在の要請に出る論者の個々の所説については、さらに後程適宜紹介することにしよう。

四 常習犯に関して、その「違法性の意識」が疑問視されたゆえんは、深く根付いた「犯罪指向性」のみが「独り歩き」を始めてしまふのではないかという懸念がもたれたからであろう。「熟考」は、「違法性の意識」との対決であり、「疑念」は「違法性の意識」そのものなのであるから、常習性が熟考に「代ってしまつた」以上は、「違法性の意識」は生じえないことになる筈だからである。

だがしかし、このような理解こそが、改めて検討されなければならないのである。そもそも、「常習犯」の「故意」とは、いかなる意思なのであろうか。

(1) 前出、一注(38)(39)。

(2) 「意思的側面」は、主として、構成要件該当性を基礎づけ(構成要件の故意)、違法性を基礎づけ(不法故意)、ないしはこれに影響を及ぼすが(主観的違法要素)、「情緒的側面」は、専ら「責任」を基礎づけるにすぎないものであることを再確認する必要がある。内田文昭・刑法概要上巻(平七)三八頁以下、一六三頁以下、二二三頁以下、同・刑法概要中巻二六二頁以下、二六六頁以下、二六九頁以下。なお、後注(5)(6)(7)。

- (3) E. Beling, *Unschuld, Schuld und Stufen*, 1910, S. 43 f.
- (4) E. Heims, *Zur Lehre vom Schuldbeginn*, ZStrW. 40, S. 743 ff., 750 ff. 「すぐれた感情的な違法性の意識」が、あるいは、行為の際に、われわれの意識中に現われ出て、抑止的に動機を押しさえつけるか、あるいは、意識の底辺において、すでに慣行の故に行われていた「心理的省略」が犯行への動機づけとなることを妨げるか、そのいずれかの「かたち」を取って効力を発揮しようという。
- (5) E. Mezger, *Fiktion und Analogie beim sog. Verbotssirtum*, NJW. 1951, S. 870 ff. 「違法性の意識」が、「表象」ではなくして、「感情的な気持」であることを強調して、Leipziger Kommentar, 8 Aufl. S. 503 f. [E. Mezger]は、「それは衝動犯・激情犯・常習犯にも現実的」に存在すると主張した。前出、一注(22)。
- (6) W. Platzgummer, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, S. 63 ff., 72 ff. は、メツガー(前注(5))に従って、「違法性の意識」を「無価値感情」としてとらえようとした。
- (7) G. Schewe, *Bewußtsein*, S. 141 ff., 145. は、「事実認識としての「個別的評価」と、違法性の意識という「全体的評価」を一応区別していた。前出、一注(23)。
- (8) 前注(7)。
- (9) 内田・概要中巻二七二頁以下。
- (10) 一九五六年二月六月のドイツ連邦裁判所第四刑事部判決(BGH. Str. 10, 1958, S. 35 ff., 41 ff.) は、廃止された「姦通罪(一七二条)」と「近親相姦罪(二七三条二項)」に関して「違法性の意識」は分割可能であるという新たな判断を確立した。姦通に関する「違法性の意識」は、近親相姦の「違法性の意識」を基礎づけうるとは限らないのである。その根拠は、「違法性の意識」は「構成要件的な制約」を受けべきであった、基本的構成要件に関する「違法性の意識」は加重構成要件に関する「違法性の意識」を「包含」しうるが、「姦通」と「近親相姦」のように、単に「類似するもの」があるだけでは、その「違法性の意識」を共有するということわけにはゆかないのである。
- しかしながら、この判例には、かなり疑問があるといわざるをえない。「違法性の意識」を、余りにも「構成要件的制約」の下に置こうとすぎているという点が、第一である。ここでは、行為者が、「後めたさ」を「共有」したかどうかだけが重要なのであって、構成要件を異にするというだけの理由で「分割」される必要は全くないといわなければならないのである。さもないければ、

刑法の専門家でない行為者の「違法性の意識」は、形式的に構成要件によって左右されてしまふに違いないのである。「姦通」の「違法性の意識」は、配偶者以外の者との性交に関する「後めたさ」にはかならないのであるから、当然に「近親相姦」の「後めたさ」を包含するのである。イエシエックは、この判決に好意的であるが（H. H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. T. 4 Aufl. 1988, S. 410）¹⁾ 妥当でないであろう。

第二の、そして、ここでより重大な疑問は、姦通の違法性の意識をもった者が、何故当然に近親相姦の違法性の意識の「可能性」をもつことにはならぬのかという点である。問題は、単なる「可能性」なのである。責任説の立場では、当然に、近親相姦の「故意責任」が肯定される筈である。違法性の意識の「分割可能性」は、個々の犯罪に関する「違法性の意識」が現実存在すること
を前提としてはじめて意味をもつことになるのではあるまいか。なお、違法性の意識の「分割可能性」については、さらに、高山・故意と違法性の意識三〇九頁以下、三一一二頁以下。

(11) H. Welzel, Schuld und Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, MDR. 1951, S. 66f.; ders. Nochmals der Verbotsirtum, NJW. 1951, S. 577.

(12) H. Welzel, MDR. 1951, S. 66f.

(13) 前出、一注(17)(21)(23)(24)(34)。さらに、後出、四・五注(12)(13)(14)。

二 強靱な犯罪意思

一 常習犯の「深く根付いた犯罪指向性」は、それがいかに強靱な力であったとしても、それ自体では、決して「犯罪」を実現しうるものではない。犯罪実行の「決意」があつてはじめて可能となるのである。すでに確認した通りである。⁽¹⁾ クラインシュロートは、⁽²⁾ 「熟考と決意なしに」⁽³⁾ 犯行に出るのが常習犯であるといっていたが、「熟考」はなくても「決意」はあつたに違いないのである。ヘルシュナーやリエンタールがこの点を強調していたことは、さきにも触れたところであるが、今すこしその考え方をきくことにしよう。ヘルシュナーは⁽⁴⁾ いう。――

「悪の力」が、行為者の意思に働きかけて犯罪を生み出すことが「責任」の根拠である。常習犯においては、行為

者によってくり返された犯罪のうちに「悪の意思」の「エネルギーの高まり」が発現するから、責任が重いのである。この「悪の意思」の高まりは、必ずしも同種類の犯罪のうちに発現するとは限らないが、単なる犯行のくり返しによって確認されるようなものでもない。行為者が、この「力」を「悪のために受け容れている (zum Bösen über sich einräumen)」ことが確認されなければならないのである。――

そもそも、ヘルシュナーにとって、「性向 (Neigung)」・「指向性 (Hang)」・「欲情 (Leidenschaft)」は、それ自身が独立した力となつて、人間の行為の「善」・「悪」に異なったものを生じさせるものであつた。しかし、人間は依然「自由」なのである。したがつて、長時間に亘る思考によつてはじめて「故意」が生じようと、素速く簡単にそれが生じようと、人はそれについて責任を負わなければならないのである。したがつてまた、「激情」が反省力を弱めることがあつたとしても、「熟考」と「反省」を排除するものではないのである。ヘルシュナーにとっては、いずれにあつても、「故意」は存在するのである。⁽⁵⁾

ヘルシュナーは、内的・外的刺激と故意との関係を、右のような観点でとらえ、常習犯については、常習性という「内的力」によつて生み出された「強靱な故意」を考えようとしたものと思われる。正当であるといえよう。フォイエルバッハも、常習性が熟考に代わるというが、「熟考」が押さえつけられているだけであるから、「強靱な故意」は否定されえないのである。それ故にこそ、犯罪を行っているという意識を失うことなしに犯罪に駆り立てられるのである。⁽⁶⁾

常習犯の「犯罪指向性」が「強靱な故意」を生み出すことを、さらに明確に強調したのは、リリエントールである。リリエントールはいう。⁽⁷⁾

常習犯における「悪の意思のエネルギーの高まり」は、固定された状態に達する。しかし、この「状態」が、行為

者にとって「意識」されていたかどうか、何に由来するものかは重要ではない。「犯罪的意思」の強さ(Hartnäckigkeit)と「固さ(Festigkeit)」として発現することをもって足りるのである。——

二 ドイツの判例も、同様の理解を前提にしているといつてよいが、特に重要なのは、一八九九年二月一日の帝国裁判所第四刑事部判決⁽⁹⁾である。「意思を一定の方向へと強く動かす持続的特性」として常習性をとらえようとするのである。

「深く根付いた犯罪指向性」が、「強靱な故意」を生み出すのは、ごく自然なことなのである。⁽¹⁰⁾

- (1) 前出、二・三注(16)、二・四注(12)、三・二注(6)(7)。
- (2) G. A. Kleinschrod, Systematische Entwicklung, I, 3 Aufl. §59. なお、前出、二・三注(5)。
- (3) 前出、二・三注(1)。
- (4) H. Hälschner, Das Preussische Strafrecht, II, S. 415 ff., 421 f.
- (5) H. Hälschner, Das Preussische Strafrecht, II, S. 143 ff.
- (6) A. v. Feuerbach, Revision, II, S. 415 ff.
- (7) K. v. Lilienthal, Beitrage, S. 31 Anm. 1, 74 ff., 90 ff.
- (8) 前出、二・四注(10)(11)掲記の判例がこのような理解を前提にするものと思われる。なお、BGH, GA, 1971, S. 209 f.
- (9) RG, Str. 32, 1900, S. 394 ff., 397. 前出、三・二注(14)。
- (10) H. Wahlberg, Das Maß, Grünhut-Z. 5, S. 485 ff.

ホエーゲル(H. Hoegel, Die Einteilung, S. 84)が何のためらいもなしに「直線的にその犯行につながる」ことを「常習性」の特質としてとらえていたのも(前出、二・二注(8))、このことを示しているといえよう。

三 常習犯における「驚きの不存在」

一 常習犯における「強靱な故意」は、当然に明確な「違法性の意識」を随伴させているに違いないということの根拠として、シエーヴェが指摘する点は、常習犯は「犯罪」を行っていると指摘を受けたとしても、決して「驚かない」という事実である。シエーヴェは⁽¹⁾いう。――

激情犯・衝動犯・常習犯のいずれにあつても、行為者は、犯行後、みずから行ったところが不法であつたという事実について、全く「驚かない」。「驚きの不存在 (Fehlen eines Überraschungsmoments)」が、これらの行為者の「心的特性」である。「驚かない」のは、「不法」に対する「現実的な連関 (aktueller Bezug)」が存在するからである。この「かかわり」が欠如する場合は、常に、「驚き」、すなわち、主観的な状態と客観的な様相との間に「分裂」が生じる。

常習犯は、累行によつて「人間的感動力」を喪失してしまつたかにもえたとしても、決して「善いこと」を実行していると思つてゐるわけではないから、「分裂」は生じない。すなわち、「規範連関」は確実に存在するのである。それ故にこそ、常習窃盗犯は、「秘かに盗む」のである。「抑制表象」が現実的に存在することと、「抑制力」が有効に機能しなかつたということは、別個の事実であるといわなければならぬ。――

シエーヴェの所説については、これまでも適宜取り上げてきたが、その基本な考えは右のような理解にあるといつてよい。すなわち、常習犯の「現実的」な違法性の意識は、その現実的な「規範連関」の当然の帰結として把握されるのである。正当というべきである。オットー⁽³⁾も、常習犯における「規範連関」の存在を肯定する。

しかしながら、このようならえ方は、実は、これまでも多くの論者が暗黙の前提としてきたのではないかと思われる。フォイエエルバッハ⁽⁴⁾の「容易で快適な仕事」、アシャツフェブルク⁽⁵⁾の「うまくいったという経験」は、「驚き」

の不存在を示しているといつてよからうし、パール⁽⁶⁾やカール⁽⁷⁾が、常習犯にとり、犯行は「自明のもの」であるといひ、ドツヒヨ⁽⁸⁾が、犯行は「自然に (von selbst)」行われているようにみえるといつていたのも、同様に理解しうるのである。

二 責任無能力者は「驚くことができない」。常習犯は「驚かない」。これに対して、「真正の法律の錯誤」に陥つた者は、ことの顛末を知つて、愕然と「驚く」のである。

そもそも、「驚きの不存在」とは、驚く必要がないということの意味する。換言すれば、「驚き」の対象たりうるものが「自明のこと」として与えられているということなのである。パールやカールの立言を援用したのも、この点を確認するためである。

シェーヴェ⁽⁹⁾は、「自明のこと」とは、「無意識」ということではなくして、「考えないこと」にほかならないという。常習犯は、考える必要がないから、「驚かない」のである。

かつて、リスト⁽¹⁰⁾は、「常習犯」を驚進する列車に喩えた。常習犯という列車は、「人間的感動」を払いのけ、「違法性の意識」を引きずりながら、既定の線路を「自明のこと」として驚進するのである。「驚く」のは、思いがけない障碍によつて急停車させられたときである。

- (1) G. Schewe, Bewußtsein, S. 149 ff.
- (2) 前出、一注(17)、三・二注(12)、四・一注(7)(8)。
- (3) H. Otto, Der Verbotstirtum, Jura. 1990, S. 645 ff., 647.
- (4) A. v. Feuerbach, Revision, II, S. 344. なお、二・二注(19)。
- (5) G. Aschaffenburg, Strafrechtliche Behandlung von Rückfall, gewohnheitsmäßigem und gewerbsmäßigem Verbrechen, S. 149 ff.

Verhandlungen des 28 DJT. II, S. 10. 前出¹ 二・二注 (19)。

- (9) L. v. Bar, Gesetz und Schuld, II, S. 24. 前出¹ 三・一注 (8)。
 (7) Verhandlungen des 28 DJT. III, S. 372 f. [W. Kahl]. 前出¹ 二・二注 (19) (21)。
 (8) A. Dochow, Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen, S. 17 f. 前出¹ 三・三注 (6)。
 (6) G. Schewe, Bewußtsein, S. 115, 142, 144 f.
 (10) F. v. List, Lehrbuch, 2 Aufl. S. 219 f. なお¹ 前出¹ 二・二注 (9) 二・三注 (4)。

四 規範連関の逆転・倒錯

一 シェーヴェ⁽¹⁾は、常習犯の「驚きの不存在」の根拠に、「規範連関の逆転」を掲げる。常習犯は、法に忠実であろうとする者に対して、規範連関を逆転させているというのである。

ところで、ヤコブス⁽²⁾は、心理学的知見からして、常習犯は「自由」を減弱させているという。しかし、すでに検討したように、その証明が行われたとは思われない⁽³⁾。また、イエーガー⁽⁴⁾は、「違法性の意識」に関して、裁判官の素人的知見をもって事件を処理することへの疑問と称して、精神心理学的知見の必要性を強調する。しかし、精神心理学的知見が、常習犯の「違法性の意識」について、いかなる否定的な理解をもたらしたかに関しては、何らあきらかにしようとはしない。われわれにとっては、むしろ、シェーヴェの分析が興味深いといわなければならないのである。シェーヴェはいう⁽⁵⁾。――

常習犯の心的姿勢の特質は、法に忠実であろうとする者のそれに対して、逆になっているという点にある。常習犯の心的姿勢は、累行によって常習となり、強靱となったが、それによって「現実的な」規範連関に欠けるに至ったということはありえない。せいぜい、規範連関の常習化された「逆転」ないしは「倒錯 (Perverterung)」がみられる

だけである。――

そもそも、シエーヴェ⁽⁶⁾は、常習犯・衝動犯・激情犯が、現実的な規範連関を有しないという考え方に対する根本的な疑問から出発した。

シエーヴェ⁽⁷⁾は、まず、精神心理学的用語としての「障壁 (Schranke)」ないしは「障壁 (Barrier)」が、これらの犯罪行為者に対しても、「現実的」に与えられているという。それは、いうまでもなく「法規範」である。それは、われわれにとって、コンラード⁽⁸⁾のいわゆる「越えがたい壁」として尊重されるのである。そして、シエーヴェ⁽⁹⁾は、この「壁」を「尊重」しようとする者と、これを「無視」しようとする者との「心的対象」は全く同一であると考えられる。つまり、規範は、共通に与えられているというのである。したがって、常習犯などの特徴として、「社会的拘束の解体 (Abbau sozialer Verklammerung)」⁽¹⁰⁾を唱え、恰も常習犯は「違法性の意識なしに行為している」とか、「現実的な規範連関なしに行為している」というとらえ方をするのは、誤解にはかならないのである。⁽¹¹⁾シエーヴェにとり、行為者は、まさに、法秩序の内部において、これに對抗し、違法性の意識をもって行為するのである。⁽¹²⁾

二 たしかに、通常人は、法に忠実であろうとするのに対して、常習犯は法に反抗しようとする。この意味では「規範連関の逆転」⁽¹³⁾を唱えることもできるであろう。

また、すでに指摘したように、⁽¹³⁾フォイエルバッハは、常習犯にとって、犯罪は「容易で快適な仕事」⁽¹⁴⁾になってしまったという。まさに、「規範連関の逆転」を肯定したことになろう。これに対して、クラインシュロート⁽¹⁴⁾は、常習性が「自由の障壁」となってしまったことを指摘した。クラインシュロートもまた、「規範連関の逆転」を考えたことになるのである。

しかしながら、規範連関の「逆転」・「倒錯」を唱えるだけでは、誤解を招くおそれがあるといわなければならない。

通常人の「違法性の意識」が、常習犯の「悦楽そのもの」に置き換えられる可能性があるからである。むしろ、関門を「突破し」、障壁を「乗り越える」に当たったの「満足感」を考えてゆくべきであろう。それは、「違法性の意識」を克服したという「違法性の意識」ということができるのではあるまいか。シェーヴェも、心理的な「障壁」・「障壁」そのものを「違法性の意識」としてとらえ、かつ、これを「超克すべき障壁」としたのである。

しかも、この心理的障壁は、犯行の都度、改めて行為者に与えられていることを看過してはならない。常習犯は、その都度、「より鮮明な違法性の意識」を克服するのである。

常習犯は、「違法性の意識」を、逆に、犯行促進の動機とし、「違法性の意識」を克服することに「快感」・「満足感」を求めるのである。この「満足感」こそ、「規範連関の逆転」にはかならないというべきである。「違法性の意識」を「満足感」によって「代替しようとする」わけである。ドイツの判例も、この満足感の充足をもって常習犯の特質としたことである。

- (1) G. Schewe, Bewußtsein, S. 147, 150 f.
- (2) G. Jakobs, Strafrecht, Allg. T. 2 Aufl. S. 486 f.
- (3) 前出、三・一注(一)(二)。ちなみに、リリエンタール(K. v. Lilienthal, Beiträge, S. 32 Anm. 1)によれば、当時の心理学が、常習犯の正確な概念規定を示したことはなかったというのである。
- (4) H. Jäger, Subjektive Verberechnungsmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung, Mon Krim. 61, 1978, S. 297 ff.
- (5) G. Schewe, Bewußtsein, S. 150 f.
- (6) G. Schewe, Bewußtsein, S. 147 ff.
- (7) G. Schewe, Bewußtsein, S. 147 ff.
- (8) K. Conrad, Die beginnende Schizophrenie, 3 Aufl. 1971, S. 32 ff., 35.

- コンラードは、分裂症患者などの比較において、「健常人」にとっての「越えがたい壁」として、「障壁」を想定するのである。
- (9) G. Schewe, *Bewußtsein*, S. 148.
- (10) H. Bürger-Prinz, *Über Antriebe, Psychopathologie Heute*, K. Schneider-Festschrift, 1962, S. 49 ff.
 デュルガー＝プリントンは、脳器質障害者などにつき、「社会的拘束の解体」を考えるのであるが、シェーヴェ (G. Schewe, *Bewußtsein*, S. 148) は、常習犯などはこれと同列ではないであろう。
- (11) G. Schewe, *Bewußtsein*, S. 148.
- (12) G. Schewe, *Bewußtsein*, S. 149, 193. すでに、トーマエ (H. Thomae, *Bewußtsein, Persönlichkeit und Schuld*, Mon Krim. 1961, S. 114ff.; 116 f.) も、「社会文化的人間性」は、予備から実行までの各時点において、習得した規範に従うことができると明言したことであった。
- (13) 前出、一注 (26)、二・三注 (31)。
- (14) G. A. Kleinschrod, *Systematische Entwicklung*, I, 3 Aufl. §174. なお、前出、一注 (25)。
- (15) G. Schewe, *Bewußtsein*, S. 56f., 151.
- (16) RG. Str. 32, 1900, S. 397 (前出、三・二注 (14)、四・一注 (9)); RG. Str. 34, 1901, S. 310 f.; 311; BGH. GA. 1971, S. 209 ff. (前出、四・二注 (8))。

五 「違法性の同時意識」

一 周知のように、「違法性の意識」⁽¹⁾に関して、最近では、「同時意識」という観念が一般化している。常習犯の違法性の意識に関しても、オットーやF・クリスチャン・シュレーダー⁽²⁾は、「同時意識」を肯定しようとする。常習犯も、その行為の規範連関につき意識しているということを、その行動で示しているが故に、「違法性の同時意識」が認められる (オットー) というのである。

このような考え方の基礎を提供したのが、プラッツゲンマーであることも、すでに周知のことに属するであろう。

プラッツグンマーは⁽³⁾いう。――

心理学的分析によれば、「明確には考慮されていないが、別個に考慮された意識内容と同時に意識され、かつ、暗黙のうちに、当然に同時に考慮されなければならない意識」すなわち「同時意識」が存在することが確認されている。

この「同時に意識されたもの」もまた、「同時に意思されうる」のである。――

プラッツグンマーの「意識」・「考慮」・「意思」のとらえ方には、やや明確さを欠くものが見受けられるが、趣旨は十分に理解しうるところである。すなわち、特定の事実「認識」は、一定の「表象」を生じさせるが、それは、特定の「考慮」を要せずして、「同時」に、一定の「意識」を喚起させるのであって、行為者は、「表象され」、「同時に意識されたもの」の実現を「意思しうる」と考えてよいのである。⁽⁴⁾

プラッツグンマー⁽⁵⁾は、この「同時意識」を、主として、強制猥褻罪における被害者の「年令」のように、知覚によって条件づけられた「構成要件要素」や、身分犯における「公務員」のように、継続的な随伴認識に属する「構成要件要素」に関して、その「事実認識」⁽⁶⁾の基礎づけとすることができるというのであって、すでにここに「意識」と「認識」の混同がみられるばかりでなしに、「違法性の意識」⁽⁶⁾に関する「同時意識」には、特に触れるところがないのであるが、メツガー⁽⁷⁾が、「感情警告」⁽⁸⁾の存在をもって「故意」を肯定しうるとする理解から抜け切れないものを残していたかに窺われるのに対して、「現実的」な「事実認識（意思）」を求めなければならないという見地から、「同時認識（意識）」を認めようとしたことは、正当であったといわなければならない。たしかに、相手方女性が「少女」にすぎないという認識は、刑法一七七条の「二三歳未満の女子」を「感じさせる」であろうし、みずからの「立場」を認識している者は、刑法一九七条の「公務員」を「考慮する」までもないであろう。

しかし、より重要な「違法性の同時意識」の分析のためには、ロクシンの登場を待たなければならなかったのであ

る。

二 ロクシンは、右に取り上げられたプラッツグンマーの見解につき、その心理学的分析の成果を高く評価しながらも、「知覚に条件づけられた同時意識」や、「継続的な随伴認識」のほか、第三形式として、「行為に内在する同時意識」の存在を肯定することが肝要であると指摘した。ロクシンはいう⁽⁹⁾。――

われわれの文化圏において、幼少から窃盗や強盗は禁止されているということを学んだ者は、そのような行為に出ることを決意するに当たっては、「何の熟考もなしに (ohne alle Reflexion)」に、当然に、それは許されないということをも「同時に考える (midenken)」。人は、感覚的印象からその意味を奪い去ることができないように、しかじかの性質をもつ行為について、その社会倫理的評価を意識中で分裂させることができないのである。犯罪者が、犯行中のいずれの瞬間においても、発見されることがないように慎重に行動しているという事実は、このような「同時意識」が現実的なものであり、その反映であるということを示すものである。――

ロクシンの立言は、故意犯においては、常に、「違法性の意識」が、「事実認識」と同様に存在することを承認したものといわなければならぬ⁽¹¹⁾。すなわち、「構成要件の故意」・「不法故意」に、当然に「随伴する違法性の意識」の承認にほかならないのである。

しかしながら、ロクシンは、このようには考えない。やはり、「制限責任説」に立ちながら、行政刑罰法規などでは勿論のこと、たとえば詐欺罪のような最も一般的な刑罰規定についてでさえ、「何か善くない感じ (ein unguetes Gefühl)」をもちながらも、直ちには「違法性の意識」をもっているに違いないとまではいえない限界領域が存在するからであり、そのような場合に、「故意責任」を認めないということは、実体に適合しないからであると主張するのである⁽¹²⁾。

だがしかし、「何か善くない感じ」こそが「違法性の意識」の根幹にほかならないのである。それ以上の「違法性の意識」を考へることは、「刑罰法規違反の意識」ないしは「可罰性の意識」を想定することになるものといわなければならない。すでに、ヴェルツェルも、「何か善くないこと」としての「不法了知」を肯定しながら、「不法意識」に欠ける場合があるとの立言に出たことであるが、ヴェルツェルにせよ、ロクシンにせよ、いずれも極めて曖昧なものを内包する「責任説」を唱へたことになるといつて過言ではないであろう。⁽¹⁴⁾

ただ、ヴェルツェル⁽¹⁵⁾と違い、ロクシンは、「故意」と並んだ「違法性の同時意識」を考へたことになるわけで、「故意」と「違法性の意識」の「同時存在」を前提とするのであり、⁽¹⁶⁾当然のことながら、正当な方向を志向するものといえよう。勿論、「真正の法律の錯誤」に陥つた場合にまで、「違法性の同時意識」を認めるべきでないことは、いうまでもなからう。⁽¹⁷⁾

三 ロクシンの「違法性の同時意識」を前提とするならば、オットーやF・クリスチャン・シュレーダーが、常習犯にも「違法性の同時意識」が認められるとするのは、充分に納得できるものと思われる。けだし、常習犯にも、「規範連関」は現実に与えられているわけであつて、その「慎重な犯行」は、ロクシンの「違法性の同時意識」の存在を明示するものにほかならないといえるからである。

四 心理学的分析手法に依拠する「同時意識」に対しては、規範的視点からするフリツシュやシルドの批判がある。しかし、それは、主として、「事実認識」に関する批判であり、「同時意識」とは、結局は「意識下」・「無意識」を「同時意識」の名の下に置こうとするものである（フリツシュ）とか、「同時意識論」は「みせかけの理論」であるにすぎない（シルド）というのであつて、「違法性の意識」に関する「同時意識」に対して向けられた批判ではないことに注意しなければならない。⁽²⁰⁾シルドは、⁽²¹⁾殊更に「違法性の同時意識」に触れることを避けるようである。

- 「同時意識」の理論はこれを排斥する必要はない。一九七七年六月二八日のバイエルン高等裁判所判決も、⁽²²⁾「故意」の成立には、「そのことについて思いめぐらす」ことは不必要であって、行為者の「表象」に随伴する「同時意識」が存在すれば足りるという。「熟考」に代わる「同時意識」の要請なのである。
- したがって、ロクシンの「違法性の同時意識」、オットーやF・クリスチャン・シユレーダーの常習犯における「違法性の同時意識」も、当然これを肯定してしかるべきなのである。実は、フリッシュも、⁽²³⁾結論的には、このような理解に達したのである。
- (1) H. Otto, Der Verbotsirrtum, Jara. 1990, S. 647.
 - (2) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §17 Rdn. 26, 47 [F. Chr. Schroeder].
 - (3) W. Platzgummer, Die Bewußtseinsform, S. 81 ff., 83, 91 ff.
 - (4) 内田・刑法概要上巻二二三頁以下、二二八頁注(12)、二二九頁以下、同・刑法概要中巻二二七頁以下。
 - (5) W. Platzgummer, Die Bewußtseinsform, S. 85 ff., 86, 89 ff.
 - (6) 前出、四・一以下。なお、前出、四・一注(2)(5)。さらに、次注(7)。
 - (7) 尤も、プラッキングマン(W. Platzgummer, Die Bewußtseinsform, S. 71 ff.)も、「違法性の意識」はこれを「無価値感情」としてとらえていた。これは正当なとらえ方であるといえよう。
 - (8) Leipziger Kommentar, 8 Aufl. S. 482 [E. Mezger].
 - (9) C. Roxin, Literaturbericht, ZStrW. 78, 1966, S. 248 ff., 257 ff.
 - (10) C. Roxin, ZStrW. 78, S. 257.
 - (11) 内田・概要中巻二六六頁以下、二六九頁以下、二七三頁以下。
 - (12) C. Roxin, ZStrW. 78, S. 258.
 - (13) H. Welzel, Schuld und Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, MDR. 1951, S. 66 f. 前出、四・一注(12)。

(14) 勿論、単なる「後めたさ」、「何か善くない感じ」が「違法性の意識」を基礎づけるわけではない。「構成要件に該当する違法な事実」の「認識」に随伴して「同時に意識」された「善くない感じ」が必要であり、かつ、それで充分なのである。前出、四・一注(10)。

(15) H. Welzel, MDR. 1951, S. 66 f. なお、前出、四・一注(11)。

(16) 前出、四・一・III。

(17) Leipziger Kommentar, 11A. Aufl. §17 Rdn. 26 [F. Chr. Schroeder].

(18) W. Frisch, Vorsatz und Mitbewußtsein—Strukturen des Vorsatzes, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, 1989, S. 311ff.

(19) W. Schild, Vorsatz als „sachgedankliches Mitbewußtsein“, Walter Stree und Johannes Wessels-Festschrift, 1993, S. 241 ff.

(20) W. Frisch, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, S. 318 ff.; W. Schild, Stree und Wessels-Festschrift, S. 266.

(21) W. Schild, Stree und Wessels-Festschrift, S. 247.

(22) NJW. 1977, S. 1974 f.

(23) フリッシュ (W. Frisch, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, S. 326 Anm. 69) はいう。——「職業化した行為者」は、ごく一般的に決定に反応する行動を開始し、後は「技術的な細部」のみに関心を示すのである。——これは、「常習犯」の行動をも当然に指し示すものといえよう。

六 「事物思考的違法性の意識」

一 「事物思考」と「言語思考」という思考形式の区別を前提として、常習犯の「違法性の意識」を説明しようとするのが、シュミットホイザー⁽¹⁾である。シュミットホイザー⁽²⁾はいう。——

われわれは、言語を通して、われわれが対象を「思考する (meinen)」ところの、その概念にかかわりをもつ。言語は、われわれに「ものごと」を理解し、それを思考するよう教えてくれる。さらに、言語は、思考を「発話 (Sprechen)」に変容させ、聴いたことを再び思考へと変容させる。人間のこの能力を、心理学は、言語能力の「運

動的側面 (motorische Seite)』と「知覚的側面 (sensorische Seite)」に区別する。運動的能力とは、思考されたところを言語的表現に変える力であり、知覚的能力とは、言語的に表現されたところを、再び思考へと移し変える力である。言語を通して、われわれは、思考された「ものごと」を認識することを学ぶ。しかし、このことを学んだ者は、他人に対して思考されたところを伝達しようとするとなしに、単に事物を思考しようとするにとどまる限りは、もはや言語を必要としないのである。

われわれは、「言語を必要としない、ものごとそのものの思考的なかかわり (sprachfreier meinender Umgang mit Dinge selbst)」を「事物思考 (Sachdenken)」と呼ぶことができる。これに対して、人が、自己または他人と語ることによって生じる思考を「言語思考 (Sprachdenken)」と呼ぶことができる。われわれは、事物そのものを事物思考のうちにもっていない場合にのみ、言語思考を必要とすることになる。

事物思考は、言語思考より「素速く」生じてくる。また、それは、極めて「広汎」である。対象に対して「瞬間的に反応する場合は、言語思考ではなくして事物思考のみが可能である。――

シュミットホイザーは、⁽³⁾このような基盤から、たとえば、瞬間的に反応した身体傷害に関し、行為者に、行為事情の「事物思考的意識 (sachgedankliches Bewusstsein)」の存在が肯定される限り、「傷害罪の故意」を認めることができるという。さらに、「違法性の意識」に関しても、「言語思考的な違法性の意識 (sprachgedankliches Urechtsbewusstsein)」ないしは疑念が生じた場合の「言語思考的に懸念された違法性の意識 (sprachgedanklich reflektiertes Urechtsbewusstsein)」のみならず、「全く自動的に事物思考的に生じた違法性の意識 (ganz spontan sachgedanklich gegenwärtiges Urechtsbewusstsein)」をも、これを肯定することができるというのである。⁽⁴⁾

このような観点では、常習犯につき、すくなくとも、「自動的にひらめく」・「事物思考的な違法性の意識」を肯定

することは容易である。⁽⁵⁾ 常習犯は、事後的に第三者の指摘によって、はじめて「疑念」に直面するわけではないし、⁽⁶⁾ 無差別な犯行に出るわけでもないのである。⁽⁷⁾ まさに、「慎重な犯行」を重ねるのである。⁽⁸⁾

これまでの考察からしても、シュミットホイザーの見解は、極めて正当といえるであろう。

二 シルド⁽⁹⁾は、シュミットホイザーの見解に対しても、批判を加えた。シェーヴェエやプラッツグンマーが「心理学的分析」手法を取ったのに対して、シュミットホイザーは、むしろ「精神現象論的分析」に訴えるものであるが、三者共それぞれその出発点を異にし、かつ、それぞれ調和しがたい議論に終始してしまったといわざるをえないと結論づけるのである。しかしながら、シルド自身、「事物思想的同時意識」を問題にしようとしたことを看過することはできないであろう。

現に、プラッツグンマーとシュミットホイザーは、「思いめぐらすこと」につき、それは「事物認識」としても、⁽¹⁰⁾ 「違法性の意識」としても、決して必要な要件ではないと考えており、この点では、共通の理解に出ているのである。「思いめぐらすこと」に大きな意味を認めない点では、実は、シェーヴェエも同様であるといわなければならない。シェーヴェエ⁽¹¹⁾は、プラッツグンマー⁽¹²⁾が、「同時意識」と「思いめぐらすこと」を対置し、後者は前者に比較して「責任」が重いとすることは批判的であるが、さきにも一言したように、「違法性の意識」を心理的な「障碍」・「障壁」としてとらえ、「思いめぐらすこと」は、この障碍・障壁が「強化」されたことを示すだけにすぎないというのである。「違法性の意識」とは、シェーヴェエにとっては、心理的障碍・障壁であって、責任能力者には、「自明のもの」として、常に「与えられている」のであり、プラッツグンマーにとっては、事実認識に伴って「同時に意識される無価値感情」なのであり、シュミットホイザーにとっては、言語思考に訴えるまでもない「事物思想的な法益侵害意識」なのである。

- (1) E. Schmidhäuser, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, H. Mayer-Festschrift, S. 317ff., 333 f.; ders., Strafrecht, Allg. T. 2 Aufl. 1975, S. 486.
- (2) E. Schmidhäuser, H. Mayer-Festschrift, S. 325 ff., 327 ff.
- (3) E. Schmidhäuser, H. Mayer-Festschrift, S. 327.
- (4) E. Schmidhäuser, H. Mayer-Festschrift, S. 327 ff., 331.
- (5) E. Schmidhäuser, H. Mayer-Festschrift, S. 333.
- (6) 前出' 三・三十一' 三・三注 (3)。
- (7) 前出' 三・三注 (7)。
- (8) 前出' 三・三注 (7)。
- (9) W. Schild, Vorsatz als „sachgedankliches Mitbewußtsein“, Stree und Wessels-Festschrift, S. 257 ff., 261 ff., 263 ff.
- (10) W. Platzgummer, Die Bewußtseinsform, S. 1 ff., 9 ff., 21 ff., 63 ff., 70 ff., 82, 91, 93 ff.; E. Schmidhäuser, H. Mayer-Festschrift, S. 320 ff., 322 ff.
- (11) G. Schewe, Bewußtsein S. 32 ff., 45 f., 56 ff., 141 ff., 152 ff.
- (12) W. Platzgummer, Die Bewußtseinsform, S. 93 ff.

七 「思いめぐらすこと」の要否

一 フォイエルバッハの「熟考なしに行為に出る常習犯」から、シュミットホイザーの「事物思考的違法性の意識に欠けることのない常習犯」に至るまで、これまで本稿で取り上げてきた論者は、いずれも「思いめぐらすこと (Daran-Denken)」は違法性の意識の要件ではないという理解を前提にしていたといつてよい。

これに対して、K・シュナイダーやヴェルツェルは、「思いめぐらすこと」をもって「違法性の意識」の前提として想定するのである。K・シュナイダー⁽¹⁾はいう。――

従来の考え方によれば、行為者は、常にその行為が正当か不当か、許されるものか許されないものかを熟考し、その上ではじめて行為の決意に出るとされてきたが、それは、日常生活の実体に合わないし、現在の心理学的認識にも調和しない。「衝動は稲妻のように駆けめぐる」のである。したがって、行為者に対して、事後的に、「あのとき何を考えていたのか」を問うことは無意味である。行為者は、何も考えなかったのである。――

K・シュナイダーの右の指摘は、余りにも著名であり、賛否をまきおこしているが、ヴェルツェルは、ほぼ全面的にこれを承認するのである。⁽²⁾この問題に関するヴェルツェルの所説については、すでに若干紹介したことであるが、⁽³⁾ここで、改めて、やや詳細に眺めることにしたい。ヴェルツェルはいう。⁽⁴⁾――

立法者は、故意犯の処罰を「意識的な規範違反」に限定することも可能であり、「現実的」な規範表象なしに行われた行為はこれを「過失処罰」の問題とすることもできた。しかし、われわれの立法者は、この途を選ばなかった。さもなければ、激情犯・衝動犯はこれを「過失犯」とせざるをえなかったからに違いないのである。

「故意」の成立には、具体的・現実的な構成要件実現の「意識 (Bewusstsein)」が必要である。しかし、「責任」には、単純な「不法了知 (Unrechtskenntnis)」で充分である。それは、必ずしも「現実的な違法性の意識 (aktuelles Bewusstsein der Rechtswidrigkeit)」である必要はない。多くの場合、「現実化されうる違法性の意識 (aktualisierbares Bewusstsein der Rechtswidrigkeit)」で足りるのである。K・シュナイダーの見解は、このことを示唆している。

すでに、「故意」は、行為者が充分注意深くあれば、その行為の違法性を知ることができることを示している。「不法意識 (Unrechtsbewusstsein)」・「不法了知」及び「不法了知の可能性」は、故意行為の非難可能性の「程度」を決定しうるのみであるといわなければならない。行為者が、「不法であることを知っている (Unrechtskenntnis)」とい

うことは、それが行為者にとり、行為の際に現実を意識されたか、現実化されうるにすぎなかったかを問わず、行為者はそれを反対動機とすることが容易であったのである。勿論、「現実の不法了知」は、注意深ければ「不法了知に達しえたであろう」場合よりも、責任非難の程度を高くするであろう。――

右に引用したヴェルツェルの論述においては、「意識」・「了知（認識）」が曖昧なままに取り上げられているが、その点については、すでに検討を加えたところでもあるから、⁽⁵⁾ここではくり返さない。また、「構成要件の故意」の存在そのものは、決して「反対動機」たりえない筈であるという点も、すでに確認済みのことに属する。⁽⁶⁾ここで重要なのは、ヴェルツェルが、「違法性の意識」に関して、「現実的な違法性の意識」とは、「行為が違法であること」につき、「思いめぐらすこと」にはかならないという理解を前提にしているという点である。このような前提に立つからこそ、「違法性の意識の可能性」をもって満足しなければならぬという結論に到達せざるをえないのである。激情犯・衝動犯は、行為が許されないものかどうかにつき、K・シュナイダーが指摘するように、「何も考えなかった」のであるから、過失責任しか生じえないことになりかねないが故に、「現実化されうる違法性の意識」をもって「故意責任」の基礎づけとしなければならぬという論理に、このことが如実に示されているわけである。ヴェルツェルにとつては、「違法性の意識」に関して、実は「現実的」に「思いめぐらす」ことが必要なのであるが、常にこれを求めることは不都合を招来するから、その「可能性」をもって満足せざるをえないのである。ヴェルツェルが、「不法了知」の必要性はこれを最後まで放棄しなかった点は、後に確認するように、極めて象徴的なことであると思われる。実は、一九五二年の刑事連合部決定も、同じ志向に出たものといつて過言ではないであろう。

二 一方、多くの論者は、およそ「故意」の要件として、「思いめぐらす」⁽⁷⁾ことの結果としての「認識」や、その結果としての「無価値意識」は必要でないと考える。特に、プラッツゲンマーは、従来の諸見解を詳細に紹介した上

で、K・シユナイダーが、「違法性の意識」を専ら「思いめぐらすこと」に関連づけてとらえようとしたことに対する批判から出発して、「同時意識」(認識)の理論を立てようとしたといつて過言ではないのである。シエーヴェも、激情犯・衝動犯に関するK・シユナイダーの見解に対しては、心理学的分析手法の限界を示すものとして、批判的なとらえ方をするのである。メツガーが、「思いめぐらす」という意味での「違法性の意識」を考へることは、最初から誤った方向を辿るものであるといつていたのも、このような角度でとらえることができるであろう。

三 かねて、「思いめぐらす」ことを要請する必要はないという立場を代表するのがフランクであり、その反対の立場を代表するのがビンディングであるといわれてきた⁽¹⁰⁾。しかしながら、両者の相違は、それ程までに深刻なものではないといわなければならない。

たしかに、フランクは、「知っているところ」を、「行為の瞬間において、「さらに考へること」が故意の成立に必要なことであろうかという疑問を提起し、「結果」はこれを「考へなければならない」が、それ以外の「行為事情」はこれを「知っていたならばよい」であろうという。これに対して、ビンディングは、かねて「経験したところ」が色褪せてしまい、行為の時に、もはや知っていたとはいえなくなったときには、故意は問題となりえないのであって、フランクの所説は「故意」と「過失」の限界を混同するものであるという。一見、全く対立した立場であるかに窺われよう。

だがしかし、フランクは、少女を誘惑するに当たって、その年齢を「知っている」だけでは足りずに、そのことにつき「思いめぐらす」必要があるのだろうかと考えたのである。色褪せた過去の経験があればよいと主張したわけではないのである。他方、ビンディングも、「われわれは将来だけを意思することができる。それ以外のことはすべて知ることができるだけであつて、意思しえないのである」という。ビンディングにとつても、相手方少女の「年齢」

はこれを「知る」ことができるだけであるといわなければなるまい。⁽¹⁵⁾

「思いめぐらす」ことが必要かどうかは、一義的に決まるものではない。いわゆる「規範的構成要件要素」に関しては、「素人仲間の平行的判断」に適合する限り、「思いめぐらす」必要がある。「人」か「物」かについても、「思いめぐらす」ことが要請される場合もある。いわゆる「客体の錯誤」の問題で、遠くにいるのは「人」か「犬」かがはつきりしなかったというような場合である。しかし、結局は、構成要件が予定する「事実の認識・認容」の問題に帰着するのである。⁽¹⁶⁾ しかも、ここでは「知るために思いめぐらす」必要が生じるのであって、「知っている」以上は、「思いめぐらす」必要はないといわなければならない。⁽¹⁷⁾

「違法性の意識」に関しては、特に「思いめぐらす」必要はないというべきである。構成要件の故意・不法故意の存在を当然の前提とする以上、「違法性の同時意識」は、いわば「自動的に閃く」のが普通であって、責任能力者にとり、唯一の例外は、「真正の法律の錯誤」が生じた場合だけなのである。

四 「違法性の意識」に関して「思いめぐらす」ことを前提にする態度は、「違法性の意識」を不当に「限局」するものである。「違法性の意識」は、通常人に対して、その規範的障碍として「現実的」に与えられるものであり、それ以上でもなければ、それ以下でもないのである。⁽¹⁸⁾ ヴェルツェルの「現実的な違法性の意識」⁽¹⁹⁾とは、実は、「思いめぐらして」はじめて抱くことのできる「違法性の意識」であり、「不法了知」こそが、われわれの求める「違法性の意識」にほかならないというべきである。さらに、「反対動機」たりうる「不法了知」は、決して「過去」のものであってはならない。したがって、「不法了知」は、当然、「現実的なもの」でなければならないのである。

常習犯にも「違法性の意識」が存在することは、今や明白であるといわなければならない。

- (1) K. Schneider, Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, 3 Aufl. 1956, S. 18 ff., 19 ff., 22 ff.
- (2) ヴェルンヘル (H. Welzel, Schuld un Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, MDR. 1951, S. 66 Anm. 3) は、K・シユナイターが、当時のドイツ刑法五一條(責任能力規定)も、「現実的な違法性の意識」を要請していたかの如くにとらえた点は正当でないという。
- (3) 前出、一注(13)(14)(21)(24)・一注(11)(12)・四・五注(13)。
- (4) H. Welzel, MDR. 1951, S. 66 f. *zu § 17*; H. Welzel, Nochmals der Verbotsirrtum, NJW. 1951, S. 577.
- (5) 特に、前出、四・一注(12)・四・五注(13)(14)。
- (6) 前出、一注(13)(14)。
- (7) W. Platzgummer, Die Bewußtseinsform, S. 1 ff., 9 ff., 31 ff., 34 ff.
- (8) G. Schewe, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972, S. 18, 56 ff., 85 ff., 104 ff., 108.
- (9) F. Mezger, Fiktion und Analogie, NJW. 1951, S. 870. *zu § 17* 前出、一注(22)。
- (10) W. Platzgummer, Die Bewußtseinsform, S. 9 ff.; G. Schewe, Bewußtsein, S. 37 ff. しかし、プラッツグンマーやシエーヴェの理解には、本文で指摘したように、「やや誇張がみられるといわなければならぬ」。なお、長井・故意概念二四二頁以下。
- (11) R. v. Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907, S. 29.
- (12) K. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, 2, 2 Aufl. 1916, S. 810 Anm. 9.
- (13) R. v. Frank, Über den Aufbau, S. 29.
- (14) K. Binding, Die Normen, II, 2, 2 Aufl. S. 809.
- (15) 内田・刑法概要中巻二六八頁注(5)。
- (16) 内田・刑法概要上巻二九頁以下、三三三頁以下、四三三頁以下、四三五頁以下。
- (17) この限り、フランク (R. v. Frank, Über den Aufbau, S. 29) は正当であるといわなければならぬ。

なお、フランク (R. v. Frank, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre, ZStrW. 10, 1890, S. 169 ff., 217) は、「故意とは、わたしの行為の結果の予見(意識)であって、それは、その行為を可罰的なものとなせるような諸事情の認識 (Kenntnis)」と結び付いたものである」としたことであった。やはり、「意識」・「認識」の区別が明確ではないが、単なる「違法性の意識可能性説」を唱えたわけでもないといえるであろう。内田・概要中巻二七九頁注(33)のフランク批判は、不適切であった。フランクは、

「思いめぐらす」必要性を、犯行中に常に求めることはできないと主張したわけではないからである。

(18) H. Heims, Zur Lehre vom Schuldbeffriff, ZStW. 40, S. 762 ff., 765. なお、後出、五注(12)。

(19) 前出、一注(24)、四・一注(12)、四・五注(13)、前注(4)。この点では、ロクシンの見解(前出、四・五注(10)(12))にも大いに疑問があるといわなければならない。

五 結 論

一 従来、常習犯が、営業犯・累犯との関連でとらえられた限りでは、常習犯の違法性の意識に関しては、特段の疑問が提起されたことはなかったといつてよい。常習性は、「自由」の大きな「障碍」となり、「決意」なしの犯行に駆り立てる動因になると考えたクラインシュロート⁽¹⁾でさえ、常習犯の責任は軽減されるべきであるといふにとどまり、「故意」の要件としての「自然法」・「実定法」による禁止・処罰に関する「意識」の不存在についてまでをも言及したわけではないのである。ヘルシュナー⁽²⁾は、より積極的に、「熟考」の結果についてであろうと、常習性に基因する犯罪的エネルギーの高まりとしての「素速い故意」の結果についてであろうとを問わず、責任を負わなければならないとしたのである。常習犯は「素速い故意」を生じさせるが「違法性の意識」に欠けるわけではないというドツヒヨ⁽³⁾、常習犯は常習性の「由来」やその「意識」の有無にかかわりなしに「強く堅い故意」をもっているというリリエ⁽⁴⁾ンタールも、同様の理解に出たものというべきであろう。「熟考」に代る「常習性」を強調したフォイエルバッハ⁽⁵⁾も、常習犯が「犯罪」を行っているという「意識」を喪失したわけではないというのである。

このような理解は、二〇世紀中葉まで続いたといつてよからう。ウインマーとクレールも、激情犯・衝動犯に関して

はその見解を異にしたが、常習犯に関しては、その故意につき、共通の理解に立っていたのである。⁽⁶⁾メツガー⁽⁷⁾に至っては、常習犯にも「現実的な違法性の意識」は存在すると明言していたのである。

二 常習犯の違法性の意識を問題にしようとしたのは、まず第一に、「行為者責任」の理論であるといえよう。メツガーの「行状責任論」であれ、ボツケルマンの「生活決定責任論」であれ、これを徹底するならば、「過去の生活」に責任の基礎が置かれるのであって、「犯行の際の故意・過失」は、これを特に問題とする必要はないわけであり、したがって、「犯行の瞬間」における「違法性の意識」としては、せいぜいその「可能性」をもって満足してよいという帰結が導かれるのは、ごく自然なことなのである。ボツケルマン⁽⁸⁾が、「行為責任」の見地では、行為者が何を「行うか」を知り、それは「許されないのか」を知っていることが責任非難を正当化する根拠となるが、「行為者責任」の見地では、行為者は何に「なるであろうか」を知り、そういう「生き方は許されないのか」を知っていれば充分であるとしながら、「違法性の意識」の問題は、専ら「行為責任」の見地で意味をもつにすぎないとするかのような態度に出ているのは、この間の事情を物語るものといえよう。一九五二年三月一八日の連邦裁判所刑事連合部決定も、この見地でとらえることが可能である。

しかしながら、右のような帰結は、「行為者責任」の単なる「副産物」にすぎないものであることに注意しなければならぬ。

「行為者責任」の理論は、より包括的な刑法の基本にかかわるものであって、当時のドイツ刑法が二〇条aを立法しなかったとするならば、様相はかなり変容していただのではないかと思われるのである。メツガー⁽⁹⁾が、常習犯の「故意」を「厳格故意説」の見地でとらえることを認めながら、他方ではこれを「行状責任」の理論によって説明しようとしたのは、安易な妥協であるとの誇りを免れないが、当時の状況としては、やむをえないものがあつたといつて

よいのではあるまいか。

すでに確認したように、「行為者責任」の理論には深刻な疑問がある。⁽¹⁰⁾「常習犯」の問題性も、当然に「行為性」の見地でとらえられるべきなのである。

三 常習犯の違法性の意識につき、正面から疑問を提起したのは、激情犯・衝動犯との関連で、「思いめぐらす」という意味での「違法性の意識」が常習犯には欠けているという立場である。ヴェルツェルによって代表される。

たしかに、常習犯は、犯行の違法性につき、「思いめぐらす」ことはないであろう。「熟考」に代るのが「常習性」の特質だからである。したがって、「思いめぐらす」ことがなければ、「違法性の意識」もないというならば、常習犯には「違法性の意識」はないといえよう。ヴェルツェルは、このような理解を前提とした上で、「違法性の意識の可能性」をもって満足することが、激情犯・衝動犯の「故意責任」を説明するためにも得策であると考えたものといえよう。⁽¹¹⁾

しかしながら、「違法性の意識」・「後めたさ」は、「思いめぐらす」こととは無関係であるならば、⁽¹²⁾敢えて常習犯などにつき、「責任説」を援用するまでもないといわなければならない。シュミットホイザー⁽¹³⁾が、この方向を模索したのである。メツガー⁽¹⁴⁾も、この立場をとることができたのに、敢て「制限故意説」に赴いたし、シエーヴェ⁽¹⁵⁾は、態度保留に出たのである。すでに紹介した通りである。

「思いめぐらす」ことは、「事実認識」の点でも、「違法性の意識」の点でも、いずれも、常に必要なことではない。「思いめぐらす」ことなしには「認識しえない事実」があるうし、「思いめぐらす」ことなしには、「善・悪の判断」が出てこない場合があるといえるだけである。しかし、常習犯は、「思いめぐらす」までもなく、犯行を重ねるのである。ヴェルツェルやロクシンのように、「思いめぐらした上での違法性の意識」を問題にする必要はない。常習犯

は、「悪いことを悪いと思わない」わけではなくして、「悪いことを悪いと思いたくない」だけなのである。まさに、「規範連関の逆転」である。これが、本稿の結論である。⁽¹⁶⁾

四 若干補充をしておく。シェーヴェ⁽¹⁷⁾は、精神心理学が、意思の「構造的 content」の解明に関心を置くのに対して、刑法学は意思の「目的的方向」に関心を向ける傾向が強いという。それぞれの専門的関心の相違を示すものとして、適切な把握といえよう。

したがって、刑事裁判が、鑑定を尊重する必要はあるが、これに従う必要がないのは、当然である。しかし、刑事裁判は、規範的評価を強調して、行為者の「意思にないもの」を「あるべきだ」として押しつけるべきではない。最近の刑法学では、この「押しつけ」が強いように思われる。⁽¹⁸⁾常習犯の「違法性の意識」も、「擬制」されてならないのは当然である。一九五二年連邦裁判所刑事事連合部決定は、この点では正当である。だがしかし、常習犯の「違法性の意識」は「擬制」されるまでもないのである。現実に存在しない「可能性」を掲げることの方が、「押しつけ」であり、「擬制」なのである。⁽¹⁹⁾

勿論、「人の心の内」はこれを完全に知ることはできない。常習犯についても、この点は異ならない。しかし、これまで、多くの論者が、常習犯の「犯行態様」を種々の観点で「観察」してきたところは、「違法性の意識」の「現実的な存在」を確言していると思われるのである。

最後に、本稿では、常習犯の「重刑の根拠」は、まづもって、その「違法性の強烈さ」⁽²⁰⁾にあるという点を、当然の前提としているものであることを付言しておかなければならない。

(1) G. A. Kleinschrod, Systematische Entwicklung, I, 3 Aufl. 8817 ff., 174f. クラインシュロートの「減輕論」に対する批判としては、

- 特に、H. Wahlberg, Das Maß, Grünhut-Z. 5, S. 495 f.
- (2) H. Hälschner, Das Preussische Strafrecht, II, S. 143 ff., 415 ff.
- (3) A. Doehow, Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen, S. 68 f., 99f.
- (4) K. v. Lilienthal, Beiträge, S. 31 Anm. 1, 41 ff., 44 ff., 74 ff., 90 ff.
- (5) A. v. Feuerbach, Revision, II, S. 350, 416.
- (6) 前出、二・一注 (9)。
- (7) Leipziger Kommentar, 8 Aufl. S. 503 f. [E. Mezger].
- (8) P. Bockelmann, Studien, II, S. 154, 154 Anm. 1, 前出、一注 (35)。
- (9) Leipziger Kommentar, 8 Aufl. S. 498 ff., 502 f. [E. Mezger]; E. Mezger, Moderne Wege, S. 35, 38, 45.
- (10) 前出、二・四注 (14) (16) (18)。¹⁾ G. Stratenwerth, Tatschuld und Strafzumessung, 1972, S. 5 ff., 17 ff., 25, 28 ff.
- (11) 前出、一注 (21)。²⁾ 四・七注 (4)。³⁾ なお、前出、一注 (21) (22) (23)。
- (12) この関係では、特にハイムスの指摘が興味深い。ハイムス (E. Heimuss, Zur Lehre vom Schuld begriff, ZStrW. 40, 762 ff.) は、「違法性の意識」が「故意」に包含されなければならないという要請は、「規範違反の表象」が「行為者に「現実的」なものであったという前提の下でのみ意味をもつにすぎない。「国家」に対する不従順であることまでも「思いめぐらす」ことを求めるのは「擬制」にすぎないのである。少女を強姦しようとする粗野な若者が、犯行の瞬間に、このような点までも「思いめぐらす」ことはありえないであろう。——
- ハイムスの立言には、疑問がないではない。右のような行為者は、「規範違反」の「表象」については「思いめぐらす」のであろうかという疑問である。しかし、ハイムスの真意は、「規範違反」の「表象」は行為者にとって「現実的」なものとして与えられていれば充分であるという点にあるものと思われる。やはり、「違法性の意識」とは「思いめぐらす」ことではないのである。
- (13) 前出、一注 (34) (39)、四・六。
- (14) 前出、一注 (22) (27)。
- (15) 前出、一注 (17)。
- (16) 特に、前出、四・四注 (15) (16)。ちなみに、この見地からするならば、東京高判平成一〇年一〇月一二日高刑集五一卷三号四

- 七九頁、判例時報一六七八号一五三頁が、「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」二条・三条の窃盜の「常習性」につき、「機会があれば、抑制力を働かせることなく、安易に窃盜を反復累行するという習癖」としてこれをとらえている点(常習性を認めて破棄自判。確定)は、「習癖」という表現に、従来の判例(前出、二・二注(22))と同様の疑問を残すものがあるとはいえず、「意思性」・「行為性」の視座から「常習性」を理解しようとする態度を示したものととして、評価しようといえよう。
- (17) G. Schewe, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, S. 8 ff., 18, 52 ff., 90 ff., 107 ff., 140 ff. なお、前出、四・七注(8)。
 ちなみに、シェーヴェは、主として、「激情」・「衝動」の心的特性に関する精神心理学的認識と刑法学的認識の相違を指摘するのである。シェーヴェ(G. Schewe, Bewußtsein, S. 147 ff., 150 ff., 151 ff.)によれば、「常習犯」・「激情犯」・「衝動犯」が、それぞれ固有の心理的「障壁」に「直面」しているものであることは、全く疑いがないのである。この点では、シュミットホイザー(E. Schmidhäuser, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, H. Mayer-Festschrift, S. 335)も、同様の理解に出ているといつてよい。「激情犯」も、「違法性の意識」に変化がみられるのではなしに、「みずから、意識的に不法であることを無視しようとする」点に、通常の犯罪との相違がみられるというのである。いずれも、正当な理解であるといわなければならない。
- なお、「激情」・「衝動」と「同時意識」については、W. Platzgummer, Die Bewußtseinsform, S. 15 ff., 82 ff., 92 ff.
- (18) 内田文昭「決定論と予防論」香川達夫博士古希祝賀論文集(平八)二四一頁以下、二五一頁以下。
- (19) 前出、一注(33) (34)。
 尤も、単なる「不法了知」や、単に「何か善くない感じ」では、「思いめぐらした」上での「後めたさ」を感じたことにはならないから、それは、単なる「違法性の意識の可能性」にすぎないと考えた方が「責任主義」に忠実であって、われわれの理解は厳しさに欠けるのではないかという反省は不要ではない。敢て「嚴格故意」を取る以上は、「違法性の意識」も、当然これを「嚴格」にとらえる必要があるといえようからである。しかし、「思いめぐらす後めたさ」と「何か善くない感じ」の間に、それ程までの差異が認められるであろうか。「何か善くない感じ」をもった行為者に対しては、「違法性の意識の可能性」があったのだから「故意責任」を負わなければならないとするのと、「違法性の意識」があったのだから「故意責任」を負わなければならないとするのとでは、いずれがより説得的であろうか。「何か善くない感じ」は、やはり「違法性の意識」の最小限なのである(前出、一注(13))。しかも、「違法性の意識の可能性」で足りるとする考え方は、「何か善くない感じ」すらをも抱くことのない行為者に対しても、「違法性の意識の可能性」はあったとすることになりかねないのである。たとえば、誤想防衛に出た行為者は、「正当防衛」

であると考えた。仮りに「軽率」だったとしても、「善くない感じ」をもたないのは当然である（前出、一注（13））。「急迫不正の侵害」の表象・認識が、防衛行為に出るための「動機」となるからである。「抑制表象」が生じるいわれはないといわなければならない。ロクシン（C. Roxin, Literaturbericht, ZStW, 78, S. 259）が指摘するところである。しかし、「厳格責任説」（前出、一注（13））は、このような場合にも「良心」を緊張させ、「慎重な熟慮」に出たならば、その「錯誤」は避けえたのではないかという発想に出る（前出、一注（14））。そこに、「擬制」が働くことはないと言断しうるであろうか（前出、一注（33）（34））。「制限責任説」（前出、一注（13））は、この危惧から出発したものといえるのである。したがって、また、「誤想防衛」につき、故意犯の成立を認めた上で、「減輕」を考えれば足りるという「押しつけ」（前出、一注（10）（13））が正当化される根拠はないといふべきである。

ここにおいて、ロクシン（C. Roxin, ZStW, 78, S. 259）は、他人の物を「盗もう」とする者は権利者の許諾がないことを「意識している」という。まさにその通りなのであって、この「意識」のない者に対しては、「減輕」を考慮するかどうかにかかわらずに、およそ「窃盜」の責任を認めることはできないのである。

ちなみに、ルドルフィー（H. J. Rudorphi, Unrechtsbewusstsein, S. 150 ff.）は、「行為者が不法了知（Unrechtskenntnis）に基づいて、法に適合するように決定する状態にあったか、それが可能であった場合にのみ責任が問題となりうるにすぎない」という前提から、メツガーの「感情警告」だけでは実質的不法成分との「対決」が行われる根拠として充分なものがあるとはいえないが、ブラッツゲンマーの知覚心理学的「同時意識」、シュミットホイザーの「事物思想的な不法意識」、シェーヴェの「図柄（Figur）」と「素地（Grund）」のゲシュタルト心理学的「連関体系」は、それぞれその出発点を異にしながら、「行為者がその行為の違法性を明確には考えなかったとしても、なお、法の要請に対決し、法の命令・禁止に従うか反抗するかの決定に出ることを彼に迫るような心理的事実」を模索した点では、同じ結論に達したのであるとして、「行為者が、行為の時点で、その行為の実質的違法性を、事物思想的な形式において同時に意識したか、すくなくとも事物思想的に同時に意識しえたときには、責任非難は正当化される。すなわち、第一の場合には完全な責任非難であり、第二の場合には軽減された責任非難である」という議論を展開したことであった。

ルドルフィーの立論は、ブラッツゲンマー、シュミットホイザー、シェーヴェの見解と、ヴェルツェルのそれ（前出、一注（21）（24）、四・七注（4））を調和させる方向を示唆するかに窺われたいではない（H. J. Rudorphi, Unrechtsbewusstsein, S. 157 ff.）。ブラッツゲンマー、シュミットホイザー、シェーヴェの共通性を指摘したことも、適切であるといえよう（前出、四・六注（10）

(11)。

しかしながら、「現実的な違法性の意識」を求めるシェーヴェなどと、「現実化されうる違法性の意識」で足りると考えるヴェルツェルとの間には、やはり大きな相違があるものといわなければなるまい。また、「現実的な違法性の意識」と「現実化されうる違法性の意識」は、単に「責任非難の程度」の差を生み出すにすぎないという立言は、ヴェルツェルと同様、その根拠を明示していないし、明示しえないことを指摘せざるをえないのである(前出、一注(13)(14))。

そもそも、ルドルフィーにおける「構成要件の故意」とは、「行為の不法性を基礎づける標識の認識」であるとされるが(H. J. Rudorphi, *Unrechtsbewusstsein*, S. 171)、誤想防衛等で問題となる「不法故意」との限界が不明確であり(H. J. Rudorphi, *Unrechtsbewusstsein*, S. 171 Anm. 7)、「不法了知」との関連も、ヴェルツェル、ロクシンの場合と同様、甚だ曖昧であるといわなければならない(前出、四・五注(12)(13)(14))。

ルドルフィーの「違法性の意識」も、「現実的な違法性の意識」ではあるが、「思いめぐらした上での違法性の意識」とまではいえない「後めたさ」であって、はじめて意味をもつことになると考えべきである。ただし、「感情警告」にもかかわらず、「不法」を選択してしまった者は、必ず「法的な後めたさ」を感じるに違いないのであって、単にその「可能性」しか求められないというのは、「可能性」の安易な乱用であり、「現実性」の可能性への「擬制」にはかならないといわざるをえないからである。

なお、長井・故意概念一六〇頁以下、一六二頁以下は、「違法性の意識の可能性」とは、意識の表層に現実化するには至っていない「潜在的な違法性の意識」と、まさに「可能的な違法性の意識」とにわかれるとされる。しかし、「潜在的な違法性の意識」とは、「思いめぐらすことのない違法性の意識」にはかならず、「可能的な違法性の意識」とは、これを否定することはできないにしても、これまで随所で確認してきたように、それ自体では、決して「合法」を「選択」するための動機づけたりえないものであることを看過してはならないであろう。

(20) 内田・刑法概要中巻二二五頁。さらに、前出、二・一注(5)、二・三注(6)、二・四注(7)。

(平成二二年八月二五日稿)