

刑法における主体性

朴 貞 根

一 はじめに

私は、韓国・中央大学校と日本大学の文化交流協定により、はじめての派遣教授として日本大学法学部へ留学した。客員教授の身分で三年間（一九七四―一九七七年）滞在しながら、刑事責任に関する研究に取り組んだ。この間、私は「人格責任の新理論」という論文を完成させて、法学博士の学位を取得した。そのとき、日本大学法学部の副手の身分で勤務しながら私の研究をいろいろと手伝ってくれた船山泰範教授が、多大なる業績をあげて今年九月に定年退職される。これを祝賀するために論文集を刊行するという話を聞いた。それで、私も先生の定年退職を祝うために、留学当時、人間の主体性を研究するようになった動機とその過程を説明し、続いてその研究であげた学問的成果について概観してみたいと思う。

二 刑法における人間の主体性を研究するようになった動機

私は、一九五〇年に法学科に入学した。刑法講義を聴講し始めた時は、韓国戦争のさなかであった。当時の刑法に關する理論は、旧派（古典学派）と新派（近代学派）に分かれていた。こうしたこともあり、どちらか一方の学問的立場に立たなければならなかった。旧派は意思決定の自由を認める非決定論（indeterminism）の立場から主張する刑法理論であり、新派は意思決定の自由を否定する決定論（determinism）の視座から主張する刑法理論である。前者は人間の主体性を肯定し、後者は人間の主体性を否定する理論である。旧派は、犯人が刑法において合規範的意思決定をする自由があるにもかかわらず、反規範的意思決定をしたことに対する非難可能性を問ひ、これを責任とよぶ。そうして、旧派はこの非難可能性を道義的非難可能性と考えることから、道義的責任論を主張するようになったのである。しかし、新派は、犯人が刑法において反規範的意思決定をしたことは、意思決定の自由を濫用したものと考えるてはならないとし、それは、犯人の危険な性格が徴表されたことにほかならないと考えるのである。そして、新派は、その犯人が社会に加害するような危険な性格をもっていること自体に対し非難可能性があると考えが、これは道義的非難可能性ではなく、社会的非難可能性であるとし、したがって社会的責任論を主張する。

旧派は、犯罪の行為とその結果等その客觀的事実は、犯人の自由意思が実現したものであるから（現実説）、その客觀的事実を重視しなければならないと主張する。これを客觀主義刑法理論という。しかし、新派では犯罪の行為等客觀的事実は犯人の危険な性格が徴表されたものであるから（徴表説）、主觀的事実を重視しなければならないと主張する。これを主觀主義刑法理論という。しかし、旧派の刑法理論は人間の主体性は把握したものの具体性がなく、新派

の刑法理論は人間の具体性は把握したが主体性がない。いいかえれば、前者は人間性は把握したが科学性がないし、後者は科学性はあるが人間性がない点において、それぞれ片面的人間像のうえに構築した刑法理論にほかならないのである。こうして、旧派と新派の刑法理論は完全なものになれないということが自明になったのである。私は、主体的でありながら具体的で、人間性と科学性を兼備した全面的な人間像を把握して、そのうえに完全な刑法理論を立てなければならぬと考えた。これが刑法における人間の主体性を研究するようになった動機である。

三 刑法における人間の主体性を研究した過程（その一）

私が大学院修士課程において刑法を研究した際、指導教授らは決定論者であり、新派刑法理論を支持していた。私が入学の主体性に関する質問をすると、そのような難しい問題は哲学する人に委ねる方がよい、刑法学徒がそのような問題に入れば、一生、論文を一編も書けないかもしれない、といわれるだけであった。しかし、私は人間の主体性について、継続して関心をもち続けた。

一九七四年に韓国・中央大学校と日本大学の文化交流協定により、私が最初の派遣教授として日本大学の法学部で研究する機会をえた。そのとき日本大学法学部の教授会にてご紹介に与かった後、私の研究室に案内してくれた職員にお願いして、法学部図書館について書庫をひとまわりしてみた。日本大学が日本五大大法律学校のひとつであって、設立して一〇〇年をこえた大学らしく、日本書はもちろん、洋書の法学書籍を多く保有していた。これぐらいの研究資料を利用したら、深い研究ができそうで、非常にうれしく思った。

私は人間の主体性と刑法に関する研究方法として、まず、日本の団藤重光博士の著書と論文を収集して分析する作業から始めた。団藤博士は東京大学法学部教授であられたが、定年退職して、当時は、最高裁判所判事を務められていた。団藤博士は「人間の主体性」と刑法との関係を深く探究された人格責任論を大成し、日本の学者の中で、独創的な学者であるばかりか、国際的にも広く知られている学者であった。私は、大学院生の時から団藤博士の著書、『刑法綱要総論』を読み、その著者が人格責任論を主張していることは知っていた。さらに、団藤博士が、主体的で具体的な人間像、すなわち全面的な人間像のうえに刑法理論を構築しなければならぬと強調していたことは知っていた。しかし、その詳しい内容は知ることができなかった。そこで、団藤博士がそれを詳しく説明した「人格責任の理論」⁽¹⁾という論文を手に入れた。この論文には、人格責任論の基礎に利用した人間像が詳しく紹介されていた。団藤博士は、レンツの犯罪生物学原論の内容を援用して、具体的でありながら主体的な人間像を人格として把握していた。そして、それは、「個性的―統一的―持続的な身体的||精神的の全体」であるとして、心身一元論的に人間像を把握していた。犯罪行為と人格形成におけるそのような人格の主体に人格責任の根拠を認めていた。私もこのような人間像を刑事責任論の基礎に援用することができるのかと、掘り下げて検討してみたが、そのような心身一元論的人間像においては超因果的主体性を説明することができないという結論をだすはななかつた。⁽³⁾

私は主体的でありながら具体的な人間像を探すために、目的的行為論者として知られているヴェルツェル (Welzel) の層的存在論的人間像を分析してみることにした。ヴェルツェルは、人間の内面構造を多層的に把握して、深層 (Tiefenschicht)、人格層 (Persönlichkeitsschicht) そして自我中枢 (Ichzentrum) を認めている。ヴェルツェルは、ダーウインが人間を進歩的動物と考えるのに反して、ローレンツの主張を援用して、人間の生来的な行態形式

(Verhaltensformen) の崩壊と責任を自覚した自我中枢の形式は、人間の心的構造 (seelische Struktur) を多層になるようにしたという。そうして、彼は意思責任と行為者責任を認定するが、かれの意思責任の根拠になっている意思は、自由なるものではあるが従来の非決定論が認める自由とは異なるものである。そこで、彼のいう意思の自由とは、合理的に自己決定をすることができるといえる。そうして、彼は価値に合致する善なる意思決定は自由な意思であり、価値に反する悪なる意思決定は不自由な意思であるという。すなわち、人間の意思は衝動からの自由はあつても、価値からの自由はないというのである。⁽⁴⁾

結局、そのようなヴェルツェルの意思の自由というものは、私にとっては納得しがたいものであつた。私見によれば、人間の意思は善なる決定においても悪なる決定においても自由であると思う。自我中枢、すなわち、意思主体が規範に合うように意思を決定することが可能であれば、当然、規範に反する衝動から解放される可能性もあるはずである。それにもかかわらず、規範に反する衝動に従っていくのはその抑制できる衝動を主体的に是認したといえるし、意味において悪なる意思も自由であるべきはずだと考える。学者らは、ヴェルツェルのこのような意思の自由論に關し、決定論であるという学者もおれば非決定論であるという学者もおる。⁽⁵⁾しかし、私は、ヴェルツェルの自由論を半身不随的非決定論であると評価したことがある。⁽⁶⁾結局、ヴェルツェルの層的存在論的人間像も、私が願う超因果的主体性をもつた人間像ではないと判断した。

四 刑法における人間の主体性を研究した過程 (その二)

私が日本へ留学したのは、主体的で具体的な人間像、すなわち、人間性と科学性を兼備している人間像を開発するためであった。しかし、長い時間をかけて究めた団藤博士が採用した心身一元論的人間像も、ヴェルツェルが認めた層的存在論的人間像も、自由意思は認定しているけれども、私にはあわなかつた。私の研究期間は一年間だったので、焦燥してたまらなかつた。そのとき、日本大学の板倉宏教授がわたくしの研究室にいらして、私が願えば自分の指導教授であつた団藤博士にお会いできるよう周旋したい、といわれた。韓国から日本にきて人格責任の理論を研究している私の消息を聞き、お会いしたいとおっしゃられているとのことであつた。実は、私も団藤博士の著作物をほとんど全部分析したときであつたので、お目にかかり、いろいろ質問をし、論議もしたかつた。ついに日本の最高裁判所裁判官室で団藤博士と初めて対面した。そのとき、団藤博士は御著書であられる『法学入門』に署名をして下さつた。面会の最後に、団藤博士は、自己の私邸で学問に関する意見を交換したいといわれた。私は約一週間後、私邸を訪問した。私は二時間位のつもりでいたが、討論は午後七時半から一一時まで続いた。それにもかかわらず、二階にある書庫までみせてもらった。そこには、法学書籍は勿論、哲学、心理学、犯罪精神学、倫理学等、図書館の書庫に入つたようで、非常にうらやましく思つた。

私は、団藤博士に失礼なこととは思いつつ、博士のあらゆる論文を読んで感じたままを申し上げ、私見に対する御指導のお言葉を聴かせてもらいたいが、お許しただけでしようかと申し上げた。博士はこころよく許諾しながら、学者は各自、自己の主体性によつて学問的自己決断をしなければならぬから遠慮なく論議しましょう、といわれた。

博士と多くの問題について論議する中で、もっとも重要な問題は、超因果的主体性のことであった。私は先生の定年退任記念講演文を読んでみたが、そこで先生は超因果的主体性に言及しながら、フランクもわたくしと同じ立場であるといわれた。⁽⁷⁾ 私も超因果的主体性を支持しているが、先生が人格責任の理論の基礎にしておられる心身一元論的人間像においては、そのような超因果的主体性を認定することは困難であると考えた。それで、超因果的主体性の基礎となるような人間像を探しているが、そのような人間像を紹介していただけるか、と申しあげた。先生は、フランクの『神経症の理論と治療』(Frankl, Theorie und Therapie der Neurosen) を読んでみなさいといいながら、その日本語訳を貸してくださいとくださった。⁽⁸⁾ 私は、その本を持ってアパートに帰り、夜明け方まで一通り読んでみた。そうしたところ、私は、フランクが説明する人間像によれば超因果の人間の主体性を説明することができそうだと確信して、非常にうれしく考えた。

私は、フランクの人間像を実存分析的・次元存在論的人間像として把握した。この人間像は主体的でありながら具体的であって、人間性と科学性が備わった人間像でありうると考えた。フランクは人間を、身体 (Leib)・心 (Seele)・精神 (Geist) の統一体として把握する。しかし、人間は生活作用においては、身体、心、精神の各次元が、おのおの異なる特性をもっている、と説明している。すなわち、人間は存在的におおのの次元が固有の機能を発揮するものであるから、多様性があるという。人間はその内部において、精神は心身 (有機体) に対して抵抗力をもっているという。そうして、随意的には精神が心身 (有機体) または環境によって制約されることはないけれども、事実はそのようなものによって制約されるという。しかし、精神、すなわち、意思は、心身または環境によって決定されるものではないという。小野清一郎と団藤博士がいつておるように、意思は「決定されつつ決定する」もので

はないという。もしも、意思が心身と環境に依って一部分だけでも決定されるものであれば、そのようなものに抵抗することはないはずである。ここで抵抗するということは、抵抗だけするのではなく利用もすることができるという意味であるという。すなわち、人間の精神的な生活作用は、自己の心身有機体と環境を合規範的にも統制する能力をもっているという。このようにフランクは人間の超因果的主体性を認定している。こうしたことから、責任というのは、精神主体すなわち人格が、合規範的意思決定をすることができるともかかわらず、反規範的意思決定をしたことに対する非難可能性ということができると思う。

そうして、このようなフランクの実存分析的・次元存在論的人間像を基礎にすれば、団藤博士の「人格責任の理論」を新しく展開することができそうで、中央大学校と日本大学の許諾をうけて、一年さらに留学期間を延長して、「人格責任の新理論」を完成させた。完成後、日本大学法学部修士・博士課程の学生たちに対し特別講義を行うよう要請があり、二時間くらい研究結果を発表する形式で「人格責任の新理論」の大綱を講義した。その場には、刑法の教授陣も参席しておられたが、当時の法学研究所長であられた板倉宏教授が、即席で、日本法学に掲載したいといわれたので、四回にわけて発表した。⁹⁾

五 刑法における人間の主体性を研究した成果

いままで、主体性を研究するようになった動機とその過程について説明をした。今は、人間の主体性の研究によっていろいろ得た成果の中で、重要なものいくつかを項目にわけて説明したい。

(1) 新たに探究した超因果的人間の主体性

私が、人間の主体性を研究してわかるようになったもつとも重要なことは、超因果的人間の主体性を把握することができたことである。人間の主体性を否定する学者もいるが、それを認定する立場においても、学者によってまことに多義的に使用されている。ここではフランクルの実存分析的・次元存在論的人間像を基礎にした、私の考える人間の主体性を説明してみたい。私見によれば、人間の主体性というものは意思決定の自由を意味するし、ここで「自由」とは意味または反意味に合うように意思を決定することができる人格である意思主体の能力であると思う。そして、ここで人間の「主体」というものは最後まで客体化されないものであり、思惟する者であり、意思を決定する者でありながら行為する者である。まさに、人間の主体性とは、人間の主体が合規範的または反規範的に自由に（選択的に）意思を決定することができる能力である。

しかし、人間の主体性を認定する同じ立場であるとしても、従来の意思責任論者の中には絶対的非決定論を主張する者がいる。しかし、私は相対的非決定論を支持する。けれども、同じ相対的非決定論の立場といっても、団藤博士が主体性を「決定されつつ決定する意思の能力」と主張されるが、私は「制約されつつ決定する意思の能力」である¹⁰と考える点において、その本質は互いに異なるものと思う。ヴェルツェルも人間の主体性を意味に合う意思決定だけ¹⁰をすることができる能力であり、反意味に合う意思決定はできない能力であると主張されるが、この点において、わたくしの見解とは本質的に異なるものである。そうして、人間の主体性理論は刑法学だけではなく、あらゆる法学分野は勿論、そのほか哲学、神学、倫理学等、万学の基本原理であると思う。とくに、憲法で国民の「尊厳性」を保障する（韓国憲法一〇条）というが、その尊厳性の本質は人間の主体性、すなわち、自己決定能力を意味するものであり、

したがって、刑法でそれを否定するならば、人間の尊厳性も否定すべきだと考える。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

(2) 人格責任の新理論

前述したように、団藤博士はレンツの心身一元論的人間像を基礎にした人格責任の理論をはやいうちに構成したが、東京大学定年退任を記念する最終講義、「法における主体性」では、超因果的主体性に好意的な言及をしていた。そこで、私は団藤博士の助言によりフランクルの実存分析的・次元存在論的人間像を基礎にして、超因果的主体性を研究し、人格責任の理論を新しく構成することになった。私のこの理論は団藤博士の人格責任の理論と内容的にだいぶ異なるものになったため、人格責任の「新」理論ということにした。私は日本大学で研究する間、三年にわたり日沖憲郎教授の大学院講義を聴講した。日沖教授は、わたくしよりも約三〇年先輩で、その時は、定年退任して講師の資格で出講しておられた。ところで、幸いに、日沖教授は日本にドイツの人格責任理論を最初に紹介した学者であった。⁽¹³⁾ 教授と議論した後、私の人格責任の理論は団藤博士の人格責任の理論と異なる新しい主張が多いから、人格責任の新理論と名づけてもよいでしょう、とおっしゃられたので、論文の題目をそのように命名した。

私は、人格責任を「行為における人格責任を原則的に、性格形成における人格責任は補充的に考慮して認定される責任」⁽¹⁴⁾であると宣言した。しかし、団藤博士は人格責任を「行為責任と人格形成責任とをあわせ」⁽¹⁵⁾たもの、すなわち、「行為責任と人格責任とは前者が第一次的、後者が第二次的に考慮されながら、窮極においては合一されて考えられるべき」⁽¹⁶⁾ものという。このように、私と団藤博士は人格責任について異なる考え方をするため、後述するように、常習犯と過失犯等の責任を説明する点において、見解がいろいろと異なるようになった。事実、団藤博士の人格

責任の理論は日本の多数の学者からいろいろと批判されている。これに対し、私の人格責任の新理論は、その批判されている短所もある程度、正したと考える。⁽¹⁷⁾

団藤博士も、自己の『刑法綱要総論』で、私の人格責任の新理論等を「わたくしの理論の展開を試みたもの」と紹介して下さった。そして、また団藤博士はご自分の自叙伝、『わが心の旅路』においても、「講義は聴かなかつたけれども、どしどしちゅうやつてきて、実質的に指導したという人もずいぶん大勢います。例えば、韓国の朴貞根教授などもその一人です⁽¹⁹⁾」といわれた。また、団藤博士は、「私は刑法において、人間の主体性を基本にして、私のいわゆる人格責任理論を構成してきた」といわれながら、「韓国では朴貞根教授が私の学説を祖述しておられる」(同「人格責任の新理論」(一九八六年、法文社(ソウル))⁽²⁰⁾)といわれた。私は、団藤博士と初対面した後、何度も重ね重ねお会いし、学問に関するご指導をいただいた。それで、私は、札幌学園大学の招請を受け、「主体性と刑事責任」という題目で大学院学生に特別講義を行い、また翌日は法学部三・四学年三〇〇人くらいの学生に講義をした際、教授も多数参加しているその場で、わたくしは団藤博士の学恩を一生、忘れることができないといったこともある。⁽²¹⁾

(3) 責任能力の本質

人間の主体性を研究した結果、責任能力の本質も、もつと合理的に説明することができるようになった。人間の主体性を認定する立場では、責任能力を犯罪能力と理解し、それを否定する立場では、責任能力を刑罰能力として理解する。そうして、人格責任論においては、当然、責任能力を犯罪能力と理解する。それで、責任能力は非難可能性の前提になる人格的適性ということが出来る。それは「事物を弁別して意思を決定する能力」(韓国刑法一〇条)である。

責任能力を、フランクルの実存分析的・次元存在論的人間像で説明すれば、人間固有の生活作用である精神的生活作用に該当するものと考えられる。ところで、この精神的生活作用には知的生活作用と意的生活作用がある。前述した責任能力の中で、「事物を弁別する能力」は、知的生活作用に該当する能力であり、「意思を決定する能力」は、意的生活作用に該当する能力である。責任能力というものは、人間の主体性自体を意味するものであると考える。それゆえに、責任は自然人にだけ認定することができる²²と考える。したがって、法人それ自体には責任能力を認定することができないし、また刑事責任も認定することができないと考える。結局、法人の行政的團束(規制)は刑罰でない他の制裁方法でしなければならないと考える。

(4) 常習犯人の刑事責任のマキシマム

人間の主体性を研究してわかるようになったもうひとつのことは、常習犯の刑事責任のマキシマムは意思責任のマキシマムを超過することができないということである。韓国刑法(日本刑法も)は常習犯の法定刑を普通犯の法定刑より加重的に規定している。例えば、韓国刑法第三一九条によれば、普通窃盗は「六年以下の懲役または一千万ウォン以下の罰金に処する」。ところで、同法第三三二条によれば、常習窃盗は普通窃盗に定めた刑より「二分の一まで加重する」と規定している。

このように、常習犯の法定刑を普通犯の法定刑より加重することは、性格責任論と性格論的責任論においては支持されるといふより、むしろ当然な規定である。大概、常習犯は普通犯より反社会的危険性が大きく、また性格論的性質に対する相当性が大きいからである。しかし、これらの責任論は道義的非難可能性が責任の本質であることを認め

ないのである。また、意思責任論によれば常習犯の加重刑規定は認定されただけでなく普通犯の法定刑よりも減輕しなければならぬのである。なぜならば、常習性は意思決定の自由を制限するからである。しかし、これはまた主體的に形成された常習性までも責任減輕要素と認定する点において不当であるといわなければならないのである。

そうして、従来の人格責任論は、主體的に形成された常習性を責任加重要素として考慮し、それが常習犯の法定加重刑の根拠であり、まさに責任刑であると説明している。すなわち、団藤博士は「人格形成責任からいえば、常習性を帯びるようになったことについて、行為者の責任に帰することができるかぎりには、それだけ責任が重いことになるのである」とし、法が常習犯を重く扱っているのは、「その責任が重いものとみとめた」と解すべきで、したがって、「かような人格形成責任は——少なくとも常習犯に関するかぎり——ビンディングのいうような単なる道徳的責任ではなく、刑法的責任だといわなければならない⁽²³⁾」とする。すなわち、団藤博士は常習犯の加重法定刑を保安刑でない責任刑と認定するのである。その理由は団藤博士が人格責任を、「行為責任と人格責任とは、前者が第一次的、後者が第二次的に考慮されながら、窮極においては、合一されて考えられるべきである⁽²⁴⁾」と考えるからである。しかし、これは行為責任を越えた行為者責任を認定するものといえ、賛成しかねる⁽²⁵⁾。

しかし、私は人格責任を「行為における人格責任を原則的に、性格形成における人格責任を補充的に考慮して認定される責任」と考えるので、常習犯の責任のマキシмумは、行為における人格責任の最高限を超過してはならない。それゆえに、常習犯の法定加重刑は責任刑でなく保安刑と考えなければならないと思う⁽²⁶⁾。常習窃盗の場合において、犯人の常習性は、他人の財物を窃取してはならないという規範に合致するように意思を決定するにおいて制約要素になるのである。それゆえ、意思責任論ではこの常習性を責任減輕要素と認定するほかはないと思う。しかし、その常

習性を常習犯が主体的に形成した場合は、減軽要素と認定してはならないと考える。これは、人格責任論が、意思責任論とは別に、性格形成における人格責任を補充的に考慮するからである⁽²⁷⁾。

私は、韓国の刑法改正特別審議委員会のひとりの委員として、韓国の刑法改正作業に関与したことがある。一九八五年から一九九二年まで七年間の作業を経て刑法改正法律案が完成した。この委員会で、常習犯の加重法定刑の存置または廃止について、激論があった。そのとき、私は常習犯の法定加重刑は責任主義原則に反するものであるから全面的に廃止すべきだと力説したところ、⁽²⁸⁾ 全委員が賛同した。したがって、韓国刑法改正法律案（一九九二年）には常習犯の加重法定刑が全面的に廃止された。その代わり、加重法定刑が廃止された常習犯は保安処分（保護監護）に処するように規定した（同法律案第九三条）。これは人間の主体性を肯定する立場で、責任主義原則による立法であるといえると思う。しかし、遺憾にも、国会はこれを採択しなかったのである⁽²⁹⁾。

(5) 過失犯の刑事責任

人格責任の新理論においては、故意犯の責任の根拠は意思主体、すなわち、人格にあるが、過失犯の責任の根拠もやはり意思主体、すなわち、人格にあると思う。したがって、過失犯においても故意犯の場合と同じく、原則的に行為における人格責任を認定して補充的に性格形成における人格責任を認定すべきだと考える。

しかし、団藤博士は「過失の根拠は知情意を不可分にもった人格、そのものの中に求められなければならない⁽³⁰⁾」といわれる。そうして、「意思責任という観念は、故意についてはあてはまるが、過失については不適當である⁽³¹⁾」。したがって、「行為における意思というよりも、行為における人格態度を問題とすべきである⁽³²⁾」。「過失責任の中核をなす

のは、…不注意という要素である。不注意というのは、行為者の意識作用ではなく無意識的な人格態度である。過失においては―意識的過失においてさえも―意識ではなく意識下の人格態度が要点をなす。かようにして、過失責任は人格責任によつて、はじめて説明されうるのである⁽³³⁾といわれる。

団藤博士は過失責任の根拠を人格の中に求めるといふが、私は人格そのものに求めなければならぬと考える。なぜかといえば、両者は同じく人格というが、その質が相異なるからである。団藤博士は人格の概念をレントツの心身一元論的人間像を基礎にして把握し、私はフランクルの実存分析的・次元存在論的人間像を基礎にして、人格の概念を把握するからである。私は人格を人間固有の精神的生活作用の主体として把握する。それで、団藤博士がいう知情意を不可分にもつた人格とはその質が異なる。人格は精神的生活作用、すなわち、知的生活作用と意的生活作用の主体である。それで、人格はその知的生活作用によつて、罪の成立要素である事実を認識することもできるし、不注意によつてそれを認識しないこともできる主体である。そうして、人格はその意的生活作用によつて、犯罪行為を実行することも、または、しないこともできる主体である。このような人格が罪の成立要素なる事実を認識しながら、反規範的意思決定をして、犯行をしたことに対する非難可能性が故意責任である。そして、人格が不注意で、すなわち、正常の注意を怠慢して罪の成立要素なる事実を認識せずに反規範的行為をしたことに対する非難可能性が過失責任である。

それゆえに、不注意は注意義務に違反する人格態度であるといえるのである。ところで注意義務の標準については、学説上対立している。普通人に認定される能力を標準とすべきだとする客観説と、行為者の能力を標準にすべきだとする主観説があり、両者の折衷説もある。一般的に新派は客観説を取り、旧派は主観説または、折衷説を取るばあい

が多い。人格責任論の立場では折衷説の立場で理解すべきだと考える。なぜかといえば、注意義務の賦課は原則的に行為者の注意能力を標準にして賦課すべきであるが、行為者の注意能力が普通人の注意能力より大きいばあいは、普通人の注意能力の限度までだけ賦課するのが正当であるからである。

ところで、行為者の注意能力を行為時の顕在的注意能力だけで認定すべきか、または、不注意性格形成における潜在的な能力までも考慮して認定すべきかに対し、団藤博士は後者の立場を取る。すなわち、団藤博士は「行為者の能力としては、行為責任論では当然に行為時の顕在的能力だけを考えることになろう。しかし、人格責任の見地では、人格形成の方面にさかのぼって、いわば潜在的な能力をも——むろん認定の可能な限度で——考慮するべきことになる。能力というのは、もともと、かような潜在的なものであるとおもう³⁴⁾」といわれる。また、ほかのところでは、団藤博士は「人格形成責任の見地からいえば、行為者の能力以上を要求することはできないという意味で主観説とおなじ根底に立つが、行為時において現にもつていた注意能力ではなく人格形成の上でもつことが本人に期待されえたであろう程度の注意能力が標準とされることになる³⁵⁾」といわれる。これは、過失犯において、行為責任が認定されない場合でも行為者責任を認定して、過失犯を処罰することになるので、賛成することができない³⁶⁾。人格責任においては、行為責任は同時に行為者責任ともいえると思う。それは「犯罪行為は、犯罪者の人格の現実化である」からである。過失責任も原則的に行為における人格責任であり、補充的に性格形成における人格責任を考慮して認定すべきである。したがって、行為責任としての過失責任があるときに限って、不注意性格形成における人格責任はその罪責において考慮すべきだと思う。すなわち、不注意性格は、人格が注意するにおいて、制約要素として作用したはずである。それで、不注意性格が主体的に形成されたばあいは、過失責任を減輕すべきでないし、非主体的に形成された場合は、そ

れを減輕すべきであると思う。

(6) 主体性を活用する行刑教育

人間の主体性を研究した結果、行刑教育においても受刑者の主体性を最大限に活用しなければならないと考える。フランクは人間の主体性を開発して、従来の心理療法のかわりに、ロゴセラピー (Logotherapie) という精神病治療方法を開発したと聞いている。精神病治療の主体は病者自身であり、医師はその助力者として治療に加担することである。この原理が教育学でも活用されて、教育の主体は学生自身であつて教師はその助力者として教育に加担すべきであるといっている。

それだから、人間の主体性を認定する人格責任論の立場では、行刑教育においても受刑者の主体性を最大限に活用しなければならないと考える。フランクの実存分析的・次元存在論的人間像によれば、受刑者は実存としての人格者である。すなわち、受刑者は主体的人間である。したがつて、行刑においても受刑者を行刑教育の客体として取り扱つてはならないのである。いかえれば、行刑教育において受刑者の犯罪的性格の改善は受刑者自身が主体的にするように教育しなければならないということである。受刑者を行刑において改善教育の客体としてのみ取り扱うのは、人間の主体性を否定する行刑教育である。受刑者を行刑教育の主体として取扱うということは、主体性をもっている受刑者が自己の性格をみずから改善するように、行刑公務員はこれを助ける立場で、行刑教育をしなければならないということである。それゆえに、教育刑理論においても従来の市民的教育刑論でもない、人間の主体性を生かす道義的教育刑論でなければならないと人格責任の新理論で主張したこともある。³⁷⁾

六 おわりに

以上で、私が人間の主体性を研究するようになった動機とその過程を説明し、続いて、それによって挙げたいくつかの重要な成果にたいして叙述した。刑法の窮極的な目的は犯罪のない国家社会を建設して、国民の尊厳性を保障し、かれらの幸福追求を保障することに寄与することであると思う。そして、人間の尊厳性の本質をなす人間の自己意思決定能力は、まさに本稿でいう人間の主体性を意味する。それゆえに、人間の主体性を正しく把握することは、刑法学、その他の法学だけではなく、あらゆる学問においてもっとも基礎的な問題であると思う。そうしてこそ、あらゆる学問が人間の真なる尊厳性と幸福追求の保障に寄与するようになるからである。³⁸⁾

本稿においては、刑法における主体性、その中でも主に刑事責任と人間の主体性に関する問題について説明した。今後、人間の主体性に関する研究を継続して真の人間性と科学性が兼備した真の人間像を探究して、そのうえに真の刑法理論を構築していこうと思う。それは、団藤博士が、カントのことをばを転用して言うように、「科学性のない刑法学は盲目であるが、人間性を見失った刑法学は空虚である」³⁹⁾からである。

おわりに、私に、生前、人間の主体性研究を指導してくださった団藤重光先生の学恩を感謝し、先生が天国で永生福楽を享有するよう祈願しながら擲筆しようと思う。

(1) 団藤重光「人格責任の理論」法哲学四季報二号(一九四九年)一〇〇頁以下。

(2) Lenz, Grundriss der Kriminalbiologie (1927). 吉益訳『犯罪生物学原論』(一九三八年)。

- (3) 詳しい内容は、朴貞根『人格責任의 新理論』(一九八六年) 法文社八九頁以下、同「人格責任の新理論(二)」日本法学四四卷一号(一九七九年)三頁以下参照。
- (4) ヴェルツェルの層的存在論における意思の自由に関する詳しい説明は、朴・前掲書(注3)五〇頁以下、同・前掲論文(注3)「人格責任の新理論(二)」一六頁以下参照。
- (5) ヴェルツェルの見解は決定論であるという学者は、平野龍一「意思の自由と刑事責任」『刑法の基礎』(一九六六年)所収一二―一三頁、大谷實『刑事責任の基礎』(一九六八年)三三―三頁、大野平吉「刑法と自由意思」『刑法講座二卷―刑法の基礎理論―』(一九七七年)所収六一頁、註二四。それからヴェルツェルの見解は非決定論であるという学者は、中山研一『ソビエト刑法』(一九七二年)七七頁。ハンス・ヴェルツェル(金澤文雄訳)「意志の自由」についての考察「判例タイムズ二四一号(一九七〇年)二月号、一頁。English, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*(1971), S. 34f. これに対する詳しい説明は、朴・前掲書(注3)五六、五七頁、同・前掲論文(注3)「人格責任の新理論(二)」二四―二七頁参照。
- (6) 朴・前掲書(注3)五九頁、同・前掲論文(注3)「人格責任の新理論(二)」二四頁。
- (7) 団藤重光「法における主体性」法学協会雑誌九二巻四号(一九七五年)八一―九頁参照。
- (8) V. E. Frankl, *Theorie und Therapie der Neurosen* (1956). 霜山訳、神経症Ⅱ。
- (9) 朴「人格責任の新理論(一)」日本法学四二巻四号(一九七七年)七九頁以下、同(二)同四四卷一号(一九七九年)一頁以下、同(三)同四五巻四号(一九八〇年)二八頁以下、同(四)同四六巻一号(一九八〇年)七六頁以下。
- (10) 団藤博士は、最高裁判所裁判官視察時に鹿児島地方・家庭裁判所で「人間とは何ぞや」という題目で講話(昭和五五年五月二六日)された中で、「人間は無論動物であります。人間と動物と、どこが違うかといえば、例えば、キリスト教の立場と仏教の立場では大分考え方が違ってくるでしょう。そのような問題を暫く離れまして、私自身は人間と動物とは大部分共通だろう、両者の違いは、キリスト教の人たちがいう程の質的な違いではなくして、量的な違いだろうというふうに考えております。言い換えれば、やや仏教的な考え方を持っております」(団藤「人間とは何ぞや」裁判所広報一七七号鹿児島地方・家庭裁判所事務局総務課昭和五五年一〇月号二頁)といわれた。この講義は団藤博士がご自分の人間の主体性の本質を明かした重

要な表現であると思う。団藤博士が「やや仏教的考え方をもっておる」のに、わたくしは「主にキリスト教的考え方をもっておる」点において、両者が同じく人間の主体性すなわち、人間性を強調するけれども、その本質においては、根本的に異なるものになると思う。

(11) 權寧星教授は、「憲法第一〇条の人間としての尊厳と価値は結局人間一般に固有な価値と看做す尊貴なる、すなわち、人格性(人格主体性)を意味するものである」(同『憲法學原論〔新訂版〕二九四頁〕という。そして、「人間の主体性というのは人間を非人格的自然と区別して、自己自身を意識して自己自身の決断によってみずからを規定して、自身と周辺世界を形成する能力」(同、前掲書二九三頁註三)であるという。

(12) 団藤博士も、「人格の主体性を認めることは人間の尊厳をみとめることである」(同「刑事訴訟法における主体性の理論」ジュリスト九〇五号〔一九八八年〕四四頁)といわれる。

(13) その根拠は、日沖憲郎「行為者責任」刑政五六卷三号(一九四三年)八頁以下、同「行為刑法と行為者刑法」日本大学創立七〇年記念論文集第二卷社會科學編三五九頁以下、同「人的行為概念」団藤重光博士古稀祝賀論文集第一卷(一九八三年)一〇五頁以下を参照。

(14) 朴・前掲書(前掲注(3))七〇頁、同「人格責任の新理論(三)」日本法学四五卷四号三〇頁。私は、最初、人格責任を「行為における意思責任(または意思主体責任)を原則的に、性格形成における意思責任(または意思主体責任)を補充的に考慮して認定される責任」であると表現し、意思を責任の根拠にするのは不適當であるので意思主体と表現したが、私の立場では意思主体は、とりもなおさず人格そのものだと思うので、これを人格責任と表現していききたい。

(15) 団藤・前掲論文(前掲注(1))一二三頁。

(16) 団藤『刑法綱要総論(第三版)』(一九九〇年)二六一頁。

(17) 朴・前掲書二一〇頁以下、同「団藤重光의 人格責任의 理論」『現代刑事法論』金箕斗教授華甲記念論文集編纂委員會刊(一九八〇年)九九頁以下。この論文の日本語訳は、朴貞根(Park, Jong Kun)(鈴木敬夫訳)「団藤重光の人格責任の理論」(一九八〇年)北海学園大学法学研究一九卷二号(一九八四年)九五頁以下を参照。

- (18) 団藤・前掲書(前掲注(16))二六〇頁の註九を参照。ここでは、前掲注(9)に掲載の論文のほか、朴貞根「*團藤重光の人格責任의 理論*」金箕斗教授華甲記念『現代刑事法論』(一九八〇年)、この日本語訳として、朴(鈴木訳)「*團藤重光の人格責任の理論*」(前掲注(17))、朴貞根『*人格責任의 新理論*』(一九八六年、法文社〔ソウル〕)も紹介している。
- (19) 団藤重光『*わが心の旅路*』(一九八一年)一九九頁。
- (20) 団藤重光「*刑事訴訟法における主体性の理論*」ジュリスト九〇五号(一九八八年)四四頁、五五頁註3。
- (21) この特別講演内容は、朴「*主体性と刑事責任*」札幌学園法学一八巻二号(二〇〇二年)二五九頁以下参照。
- (22) 詳しい内容は、朴「*法人의 刑事責任*」中央大學校法學研究所法學論文集一二輯(一九八七)一八三頁以下参照。日本語訳として、朴貞根(鈴木敬夫訳)「*法人の刑事責任*」札幌学園法学一六巻一号(一九九九年)九七頁以下。
- (23) 団藤・前掲論文(前掲注(1))一二八頁。
- (24) 団藤・前掲書(前掲注(16))二六一頁。
- (25) 日沖博士も、「*行為を越えて行為者自体の責任を問うこと……は、許されるべきではない*」(同「*行為刑法と行為者刑法*」三六八頁)という。
- (26) 朴・前掲書(前掲注(3))九八頁、二〇八頁。
- (27) 詳しい説明は、朴・前掲書(前掲注(3))二〇二頁以下、同「*常習犯의 刑事責任*」『*刑事法學의 諸問題*』(權文澤教授華甲記念論文刊行委員會刊)(一九八三年)一二九頁以下参照。
- (28) 朴「*常習犯의 加重法定刑廢止의 正當性—刑法改正試案을 中心으로—*」金鍾源教授華甲記念論文集(一九九二)五二二頁以下参照。
- (29) 韓国政府は一九八五年から刑事法改正特別審議委員会を構成して、七年間にわたり刑法改正法律案を作成し、これを一九九二年七月六日、国会へ提出した。しかし、国会は、この改正法律案の中で最小限の必要な部分だけを抜粋して、刑法中改正法律案を作成し、一九九五年二月二日、これを議決した。ついで、この改正法は、一九九六年七月一日から施行された。しかし、私とともに改正委員全員が議決した常習犯加重法定刑の全面的廢止が、その刑法中改正法律に包含されなかったこと

は、非常に遺憾なことであると思う。これに対し、一九七五年のドイツ刑法では、常習犯の加重刑規定はみられなくなった。

- (30) 団藤・前掲書(前掲注(16)) 三三五頁註四。
- (31) 団藤・前掲書(前掲注(16)) 二六〇―二六一頁。
- (32) 団藤・前掲書(前掲注(16)) 二六一頁。
- (33) 団藤・前掲書(前掲注(16)) 三三五頁。
- (34) 団藤・前掲書(前掲注(16)) 三四四頁註六。
- (35) 団藤・前掲論文(前掲注(1)) 一三二頁。
- (36) 日沖博士も、「行為責任から独立した行為者責任を認めることは、許されるべきではない」(同「行為刑法と行為者刑法」三六八頁)という。
- (37) 詳しいことは、朴・前掲書(前掲注(3)) 一三五頁以下参照。
- (38) 朴「幸福追求를 保障하기 위한 刑法」中央法學第四輯第二號(二〇〇二年) 七頁以下を参照。
- (39) 団藤・前掲書(前掲注(16)) 三五頁。