

目的行爲論の体系上の地位：犯罪論の一つの体系

井上, 正治
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/14390>

出版情報：法政研究. 20 (2/4), pp.197-216, 1953-09-30. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

目的行爲論の体系上の地位

—— 犯罪論の一つの体系 ——

井 上 正 治

は し が き

最近、若い學者によつて、犯罪論における行爲論のもつ意義なり系譜が、いろいろに論じられている。その一連の努力は、目的行爲論 (Finale Handlungstheorie) という名稱で呼びなされて來た。代表的な論作の一二をあげれば、まず、平野助教授の「故意について」(法協六七卷集、刑事法の理論と現實) (三三頁以下) といふことにならう。もちろん、この他にも、たとえば、中武助教授の「主觀的正犯概念」(小野選集三・一) をはじめとする一二の貴重な論述をも忘れてはならない。わたくしにもわたくしなりに、「故意と過失の限界——主觀的違法要素に關連せしめて——」(刑法雜誌一卷二號) なる拙い論述もあつた。中でも平野助教授のそれは、犯罪論ぜんたいを見渡して体系的反省を試みようとする抱負がうかがえるし、また、平場助教授のそれは、緻密な分析を以て行爲論の位置づけをなそうとする努力があつて、いずれも、目的行爲論における貴重な文献たることを失わな

論 說

それでは、目的行爲論というのは何を意味するものであるか。今更、説明するまでもないであらうし、そのことじたい深く立ち入ることは、この小稿の目的とするところでもない。ここではただ論述の便宜上簡單にふれば、ヴェルツェルの「目的的行爲支配」といふことが、よくその本質を表現していると思う。すなわち、目的行爲論は、ラー

トブルッフの、刑法上の行爲を専ら因果的に把握しようとする⁽³⁾、徹底した自然主義に對する反抗であつた。かような自然的な行爲論は、本來、主觀・客觀の全体として統一的に構成さるべき行爲概念を分裂せしめる結果となるのであつた。そして、その客觀的な面を因果關係の理論として取り扱い、その主觀的な面を責任論に解消してしまうこととなる。しかし、行爲とは、もともと統一ある全体たるべきであり、故意行爲と過失行爲とは、責任論においてはじめて區別されるようなぎりぎりのところまでその區別を放置さるべきではなく、既に行爲したいの中にその區別が存しなければならぬ、と考へるのであつた。そのためには、行爲を、盲目的な因果の系列を利用し支配しようとする人間の目的的活動として把握しなくてはならない。これが目的的行爲支配ということである。平場助教の結論をかりて要約すれば、かりに「行爲は意思表示動である」という通説の傳統的行爲概念をそのまま踏襲するとしても、正確を期するためには次のように解釋することになるのである。すなわち、「その際、意思是、從來往々考へられたように、心理的な豫見・意欲乃至は因果の連鎖の第一鉤に止まらず、行動の推進原理、動因乃至は全因果關係の構成原理として重要である⁽⁴⁾」ということになる。もつとも、かように心理的な豫見・意欲乃至は因果の連鎖の第一鉤という程度では足りないかどうかは問題のあるところだとしても、とにかく、行爲を主觀・客觀の統一ある全体として理解しようとする試みには、別に異論はない。

ところが、こういう行爲概念に對しては、誰もが直ちに疑とするものに逢着するであらう。それは他でもない。成程、故意行爲はかような目的行爲論によつて概念構成することは不可能ではないが、これに對して過失は一体どうなるのであらうか。いわゆる「一認識ある過失」であらうとも、過失である以上、結果の豫見の存しないところに、過失たる所以のものがあるのである。結果の豫見がなければ、因果の系列に對する目的的行爲支配が存するはずはない。過失による結果は、目的的行爲支配という點からみれば、盲目的な因果の結果であつて、まさにその故に、目的行爲

論のいう行爲からは、除外される。かくて過失行爲はもはや行爲ではないということになる。そこでもし、行爲は刑法上問題となる一切の現象を統一する最高概念であるというメツガーの所説を是認すれば、^(四)刑法の体系は、故意によるそれと過失によるそれとに二分されることとならう。平野助教授は、この体系の分裂を是認したのであつた。^(五)それにもかかわらず、もし敢て、刑法体系の統一を破らずに、故意と過失とを共通の基盤において説明しようとするれば、行爲概念は、その内容があたえられるとともに、その所屬すべき本籍を失つてしまふ結果となる。ヘーゲリアンがまさにその誤謬をおかしたのである。^(六)岡藤教授も述べておられるように、目的行爲理論の「自己辯護にもかかわらず、過失犯を目的行爲と考えることは無理であるし、もし強いてかように考えようとすれば、目的性の概念そのものがいまいなものになつてしまふ」^(七)のである。この刑法体系の分裂ということが目的行爲論に對し加えられた手痛い非難の一つであつた。

もつとも、かような攻撃をさけようとする用意は亦、論者によつて十分なされていはずはなかつた。たとえば、平場助教授は、「行爲といふ不行爲といふ兩者共に主体を前提とする。即ち主体の行爲であり不行爲である。目的論的世界においては、この主体も因果的原因では足りず、さりとて自己の行爲の客觀的價值を知つて規範に従つて行爲する自由な人格である必要までではない。意思決定の動機を問わず、自己の行爲の價値の認識の如何を問わず、ただ自己の目的に従つて因果關係を利用・支配し得る能力者であれば足りるのである。行爲・不行爲に共通する第二の要素は相手方である。即ち行爲・不行爲の影響が相手方に及ぶ場合にのみわれわれは行爲としてもしくは不行爲として問題にするのである。……このように行爲と不行爲とは人間に歸屬し且つ人間に影響をあたえる。それは本質的に人と人との關係における出來事即ち社會的事象でなければならぬ」とされる。かくて、「このような行爲と不行爲を統一する犯罪の最外側のメルクマールを私は社會的事實又は人の人に對する關係としようと思ふ」^(八)ということに

なるのであつた。これはいうまでもなく、犯罪論における行爲の最高概念性を拋棄することになるのである。しかし、平場助教の所説に對しては、いささか賛成しかねるものがある。「人の人に對する關係」といおうが、或は「社會的事象」といおうが、この事實的に考察された關係がそのまま、今の場合求めらるべきメルクマールとして通用するものではない。それは、法的に價値づけられたものでなくてはならない。もつとも、著者も、この點につき意識されないはずはない。「かかる社會的事象はまだ直ちに法的な事象と考へてはならない。けだし法には價値性こそその本質である」といふ表現に徴しても、あきらかである。「法は社會規範としてこのような人と人との關係のみを規制對象とする。人と人との關係としての意味を持たないものは法的關心の外に落ちる」といふことはいうまでもないが、今は、刑法という特殊な法の對象として、人と人との關係という法の對象は、更に特殊な規整を必要とする。そうでなければ、刑法という特殊な法の領域の中で、犯罪の最高統一概念を定めるには、余りにも内容に乏しい。「人の人に對する關係」が、なるほど法の對象として異論なくとも、刑法という特殊な法の對象としては、何ものをも物語つていない。この疑問に比較すれば、平野助教の主張は、かなりわれわれを満足せしめ得る。平野助教も、行爲に犯罪理論の統一を求めることをやめて、これを構成要件に探したのである。曰く、「行爲は意思内容を含んで全体として考察される。……勿論このような行爲は故意犯にのみ存在するものであるから、刑法体系の統一を破ることはない。しかしラートブルッフの行爲論も彼自身が認めたように、不作爲、少くとも過失の不作爲を統一的に説明し得るものではなかつた。統一はむしろ構成要件によつて與えられるであろう」と、構成要件に統一を求めることは、人の人に對する關係に統一を求める態度より、はるかに刑法學的な思索であることはいふまでもない。犯罪論を行爲・違法・責任として構成しようが、構成要件、違法・責任として構成しようが、そこには、犯罪の認識には、まず各觀的要素の確定からはじめるべきであるというマグナ・カルタ的主張が見受けられるのである。これ

は、近代刑法學の支柱であり、罪刑法定主義の要求でもある。それに、同助教教授の理解によれば、構成要件とは、ベ
ーリンクのそのように單なる範疇的な概念ではなく、違法類型であり、しかも責任類型として、体系上の目的に資
するよう構成されている。これは小野博士の系譜にぞくするものであることはいうまでもないが、それはそれとし
て、かような理解は、構成要件に犯罪概念の最高統一性を求めようとする態度に、一段の光彩を放つことになるので
ある。しかし、ここにも一つの重要な問題がひそんでいる。目的行為論をとれば、構成要件を主観・客觀の全体とし
て把握しなければならぬが、そうならば、犯罪の成否を問うにも、まず主観的な要素の吟味にまで及ばなくてはな
らない。周知の如く、ベーリンクは構成要件のマグナ・カルタ的機能を重視して、構成要件を没價値的に客觀的に規
定した。そして、主観的な要素は、これを責任へと還元したのである。この主張は、ブーリを筆頭とするプロシヤの
官僚主義的刑法理論に對する激しい反逆であつた。それにもかかわらず、構成要件が主観・客觀の全体として構成さ
れることになれば、罪刑法定主義の要請に反するのではあるまいか。もつとも、同助教教授にもこの疑に對する伏線は十
分用意されている。「他方からみれば、最初から行為者の主観をも考慮して犯罪の限界を決定するのは罪刑法定主義
の要求には反する。これがこの体系を妨げてきた大きな原因であつたことは前述のとおりである。しかし現在では罪
刑法定主義自体がすでに一九世紀的な誇張を脱している」^(一四) というのであつた。

それでは如何なる意味で、罪刑法定主義が一九世紀的な誇張を脱したのであるうか。この點に對する反省を加える
ことによつて、目的行為論の占める意義を明らかならしめることができ、ひいては刑法學の体系に對し、一つの反省
をなすこともできるであらう。

かような意味で、この拙い小稿を畏敬する西山先生の遺曆に捧げさせて頂きたく思う。

(一) ヴェルツェルの論じた文獻としては、次のようなものをあげ得よう。Wetzel, Kausalität und Handlung, ZStW, 51,

S. 703ff., Studien zum System des Strafrechts, Zs.W. 58, S. 491ff., Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seiner Grundzügen, 1940.

- (一) Radbruch, Handlungsbegriff, 1904, S. 120ff.
- (二) 平場・前掲四二頁。
- (三) Mezer, Strafrecht, 2. Aufl. S. 91ff.
- (四) 平野・前掲(三)七六頁。(四)五二頁。
- (五) Vgl. Radbruch, a. a. O., S. 86
- (六) 團藤・刑法(法律學講座)昭二七年三八頁。
- (七) 平場・前掲七〇一一頁。
- (八) 平場・前掲四二頁。
- (九) 平場・前掲七一頁。
- (一〇) 平場・前掲四一一二頁。
- (一一) 平野・前掲(二)七六頁。
- (一二) ライトブルッフは、行爲を犯罪理論の出發とする体系を範疇論的体系となし、構成要件を出發とする体系を目的論的体系とす(平野(Radbruch, Festgabe für Frank I, S. 160)。
- (一三) 平野・前掲(二)七六頁。

1

結論を簡單に示せば、問題の解決は結局、新派の刑事學的な思考と罪刑法定主義との緊張關係の中に求められる。

罪刑法定主義は、行爲主義による古典學派においては、いうまでもなく、犯罪論の支柱であつた。⁽¹⁾ 行爲者主義に立脚する近代學派においては、その犯罪徵表説のため、罪刑法定主義の解消という結果になり、ロンブローゾ以後の刑事學的な要求が表面にあらわれて来る。そこで、考えなくてはならないことは、刑法理論はまず刑事學的思考とつらならなくてはならないことである。刑法理論が刑事學的な思考とつらなることによつて、それは範疇論的という非難を免れて目的論的な体系となり得るのである。これを刑法理論の科學性と稱したければそれもよからう。⁽²⁾ いずれにしても、この意味で、近代學派の考え方には正しいものが存するのである。しかし、その要求のために、折角近代刑法學が獲得した罪刑法定主義の要求を解消することは許されない。勿論、平野助教授も指摘された如く、罪刑法定主義が十九世紀的な誇張を以て現在も支持されるとは考えられない。ここに、さきにも述べた如く、解決を迫られる一つの重要な問題が存することとなる。しかし、その前に、新派的な刑事學的思考が、いかなる形で舊派の理論に導入されるか、ということを考えておきたい。平野助教授によれば、まさに目的行爲論こそ、これに對する解答であると思われるのであつた。すなわち、目的行爲論が全体としての行爲を把握することにより、「この全体としての行爲概念は、はじめて行爲の類型的意義を明かならしめる。従つて社會學的な犯罪類型への通路を形づくる。ここにこの体系の刑事學的な意味がある」というのであつた。なるほど、自然主義的な行爲概念の無内容さに比較すれば、目的行爲論に立脚する行爲概念の内容的規整は、それだけで、行爲の類型的意義を明らかならしめはするであろう。しかし、これだけのことならば、余りにも消極的であつて、期待するほどの成果をもたらすかどうか疑わしい。むしろ、わたくしは、行爲を行爲たらしめる行爲者人格そのものに、全面的な歸責を求めることによつて、その目的を達し得るものと思ふ。人格責任の理論と稱して來たものがこれである。これは、メツガーやシュミットの体系を出ることができないかも知れない。彼らにおいても、罪刑法定主義の要求と新派の刑事學的な思考との調和が求められ、「實質的違法注

を違法類型としての構成要件によつて限定し、これを無限定の行爲者の人格に歸責し^(五)ている。實質的違法性を構成要件的に規整するところに、罪刑法定主義との調和が存するのである。これを全面的に行爲者人格に歸責するところに、刑事學的な探求の道が開かれるのであろう。しかし、無限定の行爲者人格に歸責しながら、個別行爲責任 (Einzel-Tat-Schuld) を主張するということは、論理的にどう一貫するのであろうか。これに、体系的に答えるものが目的行爲論である。目的行爲論は、文字どおり、個別行爲責任の原則を責任として徹底せしめることとなる。

かような意味で、わたくしは、犯罪論において統一的なマルクマールは、非難すべき行爲者人格にあると考える。ただ、罪刑法定主義を捨て得ない社會的基盤が、近代學派のように、徹底した行爲者主義をとらしめないものである。ここに個別行爲責任の要求が生まれる。しかし、個別行爲責任の背後にも深く行爲者人格が裏打ちしていることを忘れてはならない。これに着目することが、刑法理論と刑事學とのつらなりを教えることとなる。しかも、それは單なる裏打ちとして放置することはできない。理論的に、個別行爲責任を問う場合にも、行爲者人格をできるだけ表現せしめるよう行爲概念を構成する必要がある。そうでなければ、行爲者人格に對する刑事學的な思考と罪刑法定主義による個別行爲責任の要求とは、依然疎遠なものを感じしめる。これが、目的行爲論を中核としつつ、そして構成された人格責任の理論である。かような意味で、目的行爲論は人格責任の理論の中において、はじめてその本籍を見出す。目的行爲論を採用することは、單なる解釋學的歸結というより以上に、かように刑法の全體系と密接なつながりを持つのである。

もつとも、人格責任の理論は、犯罪の理論すべてにわたつて、無差別に主張することはできない。犯罪の中には自然犯的なそれもある。法定犯的なそれもある。この兩者の區別は、歴史的な範疇として嚴として存在するのである。^(五)それにもかかわらず、本來自然犯のみ妥當すべき人格責任の理論を、法定犯にまで適用しようとすることは、こ

の理論が階級的偽瞞に墮する結果となる。この適用の限界を慎重に劃することこそ、社會科學としての刑法學の任務であり、それによつて、現刑法の階級的偽瞞性を暴露することにもなる。階級的偽瞞性の暴露された法律に對しては、立法の合理化を追求することとならなくてはならない。この主張の思想的基盤としては、罪刑法定主義の二〇世紀的な意義があるのである。それ故、罪刑法定主義は二重のマグナ・カルタ的機能を營む。まず、立法の合理性を追求するという面で、他方、犯罪理論において個別行爲責任を維持するという形で、そこで、わたくしは、「刑法學（總則）」で、犯罪論の體系を考へるために、現刑法の階級的偽瞞性の暴露と罪刑法定主義の擁護という二つのテーマを掲げたのである。ところが、最近、畏友平場助教によつて、わたくしの體系に對し、次のような手痛い攻撃を受けたことである。曰く、

併し、現刑法の階級的偽瞞性の暴露と罪刑法定主義の擁護とは、次元を異にするものである。前者からは刑法を階級的暴力の發現と見るのであり、後者からは國民の防禦の楯と見るものである。前者は畢竟現刑法の變革を要求するものであり、後者は現刑法の中に立つて人權を擁護するものである。前者からは罪刑法定主義も亦その階級的偽瞞性を暴露されねばならず—例えは著者（筆者註）のいわゆる規範的刑法としてのそれ—後者からは罪刑法定主義の擁護は、ただ標語的に解さるべきであつて、廣く刑法を犯人のマグナ・カルタならしめる用意がなければならぬ。いわゆる刑法の社會科學と裁判法學としての刑法解釋學を明確に區別することなく、一つの體系において示している點に、井上刑法學の大きな矛盾があり、著者の意圖とは逆に、國家權力・支配階級の暴力に事實上奉仕する危険性を藏しているのである。

それのみではない。更に語をついで曰く、

氏の努力して築き上げられた体系こそ、階級的偽瞞の最も明白な表現であることとなり、従つて氏の立場からは

眞先に攻撃せらるべく、また葬られなければならぬこととなる。一種の自殺論法ということにならう。

わたくしは、この攻撃に對しては別に答える用意を怠つてはいない。結局、理論刑法學と實用刑法學とを峻別しうとする態度になるのであらうが、その點までは既に、瀧川(幸)教授によつて主張されているところである。わたくしによれば、かような態度を少しでも前進させて、一つの体系として專を考えようということになつたのであるが、それが却つて、平場助教教授による以上のような攻撃となつたわけである。それこそまさに自殺論法になつたといふことであらう。わたくしは、この批判を卒直に受け入れて反省を重ねるものがあつたけれども、結局、承服しがたいうことではない。わたくしの「刑法學」が未熟であつて誤解を招いたことは認めるが、それにしてもわたくしの何程かの論作を親切に讀んでいただいておれば、これ程まで致命的な攻撃が、これ程までに簡單に加えられるはずはなかつたであらう。既に結論を述べておいたところからも、氏とわたくしとの間には、罪刑法定主義といふ人格責任の理論といい、理解にへだたりの存することを認めざるを得ない。しかし、それはそれとして、この批判を契機に、わたくしの体系とするものを、もつとも誤解を生じないであらう方法を以て述べることにする。

(一) しかし同じく古典學派においても、世界觀的立場の相違から、罪刑法定主義の理解にいろいろなニュアンスの生じたことは別に考察しておいた(わたしの「經濟刑法」参照)。なお、罪刑法定主義に關する最近の論作としては、瀧川(春)・「罪刑法定主義」がある。この著書については、論すべき問題も少くないが、罪刑法定主義の意義なり機能が一九世紀的な形で把握されていることには、功罪ならび存するであらう。

(二) 團藤・前掲書一九頁以下。この點は、教授の刑法における人間性と科學性の問題として、教授の全体系の基盤をなす。教授の目される新派と舊派の止揚は、この人間性と科學性の止揚として考えられている。

(三) 平野・前掲(二)七六頁。

(四) 平野・前掲。

(五) 自然犯と法定犯の區別に對しては、わたくしの「經濟刑法」参照。

(六) 平場・井上正治「刑法學(總則)」・刑法雜誌三卷二號一三四頁。

二

故意と過失とを統一して、責任という上位概念を求めるとは、規範的責任論は、いわゆる期待可能性の思想という規範的要素を中心として考へた。期待可能性の思想とは、いろいろに理解されてはいるが、とにかく、行爲者にたいし、その違法行爲以外の他の行爲すなわち適法行爲を期待することが無理であるという場合、なお非難を加えようとすることは不都合である、となすものである。⁽¹⁾それ故、かような場合には責任を阻却することとなる。期待可能性がないことは、刑法における責任阻却事由である。⁽²⁾適法行爲を期待することができる場合、はじめて、行爲者を非難することができる。規範的責任論が、責任の本質を非難可能性として把握した功績は大きい。「汝はなすことができるが故に、なさねばならない」(Du sollst, denn du kannst.)。ここに、故意と過失との統一を求めようとしたのである。從來の心理的責任論のように、責任とは恰も故意と過失との綜合であるかの如く考へないで、その他に責任における規範的要素を探求したことは、刑事責任の理論に劃期的意義をあたえた。

かようにして、責任性とは、違法性と同じく、一つの評價であることがあきらかになつた。ところで、この評價とは、いうまでもなく、規範と事實との間における關係概念である。ところで、責任判断の資料たる、メツガーのいわゆる責任事實關係は、これをどこに求むべきか。これを行爲に求めるか行爲者に求めるか、によつて客觀主義と主觀主義との對立が生じる。客觀主義の論者の中には、行爲に對する行爲者の意義を積極的に認めるものもなくはない

が、^(三)それでもその把握する理性的人間像のために、行爲者は抽象的無内容なものとなり、ついに、理論の上では、行爲者から切り放たれた行爲だけが現實的な役割を果す。^(四)しかし、これでは過失の本質を理解しがたくなる。刑法上の過失を説明することはかなり困難である。通常、義務に違反した不注意ということによつて説明しようとする。注意義務違反ということでも考えることも必しも誤りではなからう。しかし、注意・不注意というのは、意識的態度ではなく、むしろ、無意識的な人格態度であることに着目しなくてはならない。このことを、わが國で最初にあきらかにされたのは、不破博士であつた。^(五)わたくしも亦こういう方向に對し、何程かの努力を續けて來たつもりである。^(六)そして、それは最近國藤教授によつても支持されることになつてゐる。^(七)そもそも、故意においては、悪いことを悪いと知りながら、なお敢て罪を犯す場合が典型的な事態である。しかし、この場合にも、現實に動機の葛藤を規整する行爲者人格そのものに非難の本質が存する。同じことは、過失についても妥當するはずであらう。行爲者が結果を豫見せずして、人命の損傷その他重大な結果を惹起した場合、過失犯として處罰される所以のものは、「その行爲者は、平素から法秩序に對して無關心であつた。積極消極、關心をいだいていたならば、とつさの場合、結果を回避し得たであらう」と考えられる點にある。すなわち、過失においても、まさに過失こそ、行爲者の平素の姿態構造が問題となるのである。^(八)

こういう意味で、主觀主義が、責任事實關係を行爲よりも行爲者に求めたことは大きな功績であつた。われわれは、ここで、同じ主觀主義といつても、二つの系譜を區別しなくてはならない。^(九)古典學派にぞくすべき主觀主義と近代學派のそれとである。前者は倫理的な考え方を基調にし、後者は自然科学的にみた行爲者の反社會的危険性を重視する。前者はグロールマンやステューベルにはじまり、最近ではブリーやコーラーなどもぞくするが、とくにわが國では宮本博士の學說もこの傾向の一つである。後者はいふまでもなく牧野博士に負うところが少くない。

近代學派の主觀主義が、第一に、行爲それだけに意味を見出さず、その行爲の背後にある行爲者に着目したこと、および第二にその行爲者を自然科学的に探求したことは、一應正しいとしかくはならない。蓋し、生物學的・心理學的にみて、生きた人間は統一ある精神的・身体的構造態を形成するものであるからである。そしてこれを人格と呼ぶことができよう。元來、人間の知識や經驗は素質とともに構造的統一を構成し、決してばらばらのものではない。生活體驗のなかには素質的なるものの作用が見出され、また素質と稱されるものなかにも生活環境の強力な影響が存する。かくの如き人格構造の統一は、各精神の現象の司る作用の統一・總和ではなく、もともと存する統一であつて、かかる統一の存することが人間構造本來の姿である。しかも、かかる統一は、過去から現在にわたり一貫して連續するばかりでなく、さらに將來の行動に對しても可能な法則性を提供し、これを規整する。即ち、將來の行動にたいする潜在的な可能性をしめすのである。それ故、現實の行爲は、この潜在的な可能性の現實化であり、どこまでも、それによつて構造的に規整される。この潜在的な可能性は、また別に性格的傾向性とも稱し得よう。⁽¹¹⁾ただ、人格の連續は、決して同質的に一貫するものではなく、異質的に聯關して、統一を保持することとなる。社會的責任論の考える性格責任の理論は、行爲をもつて單に行爲者の徵表と考へ、それ以上に現實的な意味を認めない。しかし、および、行爲者人格と強制されざる個々の行爲とは、極めて密接な有機的關聯をもつてゐる。行爲をはなれた人格はない。一切の行爲は、ことごとく人格の必然的表現であると同時に、また人格は、逆にその行爲に規整されつつ、その結果の蓄積によつて發展してゆく。かような意味で、行爲とは徵表以上のものであり、歴史的・一回的な存在である。かような異質的な聯關と考へられるものの中に、人格の形成的發展が見出される。これが、行爲者の性格的傾向性を認めつつも、さらにそれを超えて、行爲の積極的意義を否定し得ない理由である。しかし、そうだからといつて、客觀主義の行爲責任の理論と軌を一にするものでもない。⁽¹²⁾行爲責任の理論は意思の自由と密接な關聯をもつ。⁽¹³⁾意思の自

由を豫定することは、行爲の背後に理性的な人間像を畫くことになる。フオイエルバッハの畫いた人間像はまさにそれであつたであろう。理性的な人間像は、當然具體的・個別的な行爲者を捨象して、單に抽象的・無内容な行爲者を前提とする。そのため責任事實關係として、行爲者は意味を失ふこととなる。しかしこれでは、精神科學的に、行爲の背後に、統一ある精神的・身体的構造態を見出したことも、余り役にたたなくなるであろう。

そもそも、行爲の背後に、犯罪生物學的な行爲者人格を豫定するに至つたことは、そう古いことではない。レンツが、犯罪生物學原論を著して、人格の構造およびその形成を問うたことにはじまる。^(一四)しかし、その後レンツじしんが人格責任を主張したときには、人格の形成的な面は十分に意識されることがなかつた。^(一五)この人格の形成的な面に着眼して、刑事責任の深化に貢献したのは、むしろ、メツガーの功績であつた。^(一六)メツガーは、行爲者が性格學的人格に對し、何かをすることができ、それ故、これに對して非難の可能な範圍で刑事責任が生じる、と考へた。そして、メツガーは、この理論を行狀責任 (Lebensführungsschuld) と稱した。メツガーのこの所論は、その刑事學における動的犯罪觀に深い關係を有する。^(一七)そして、ポツケルマンは、メツガーの示唆を批判しながら、これを修正しようと試みた。^(一八)眞に非難可能な行爲者人格とは、犯罪への傾向を決定的ならしめた「生活決定」、すなわち單なる「生活態度」ではなく、「生活態度の決定」という意味的態度であると化した。

人格責任の理論は、こういう人々の努力の中に展開せしめられていつたのである。それはとにかくとして、人格責任の理論はいわゆる性格責任の理論とある種の共通性を見出す。いずれも行爲者の人格なり性格を責任事實關係と考へるのである。しかし、性格責任の理論は、行爲者の客觀的危險性に着目するため、行爲を單に行爲者の徵表としか考へない。これに對し、人格責任の理論は、さきに述べたように、人格の形成的發展を認めるので、行爲とは徵表以上のものであり、歴史的・一回的な存在であると考へる。かやうに行爲に現實的な意味を附與するために、人格責任

の理論に賛成する人々も、依然として行爲責任の理論を捨てない。しかし、人格は、行爲によつて規整されその結果の蓄積によつて發展していくとしても、行爲は人格の必然的表現であることを認めなくてはならない。かような意味で、責任事實關係として行爲者人格を見出したことは正當であつた。しかも、責任とは非難の可能性である。性格責任の理論が、客觀的危險性に着目する限り、そこには非難としての責任は生じない。人格の形成的發展を認めることにより、はじめて非難を考へることができるのである。

責任事實關係を行爲に求めて、個別行爲責任を主張することは、行爲を單に行爲者の徵表とはみないでそれに現實的・一回的な意義を認めるからであらう。しかし、それは、行爲も亦責任判斷の資料たることを示すことにはなる。ところが、それ以上に、行爲責任の理論のためには、行爲者は責任判斷の資料たり得ないことを理由づける必要がある。そのためには、論者によつて意思の自由が豫定されている。しかし、行爲と行爲者との關聯を考へるならば、哲學上豫定される意思の自由をかりて、刑事責任の本質を求めるとは、甚だ思辯的であつて賛成できない。各人はみずから選擇し、その選擇にしたがつて、行爲をなすものであることは疑ないのであるが、また、かれの人格に規整され、この人格にもとづいて選擇するものであることも事實であり、それ以外に自由であることはできない。それ故、行爲の決定的瞬間に、なお他の適法行爲を期待し得べしとすることは、行爲者に他の人格を豫定することであつて、正當ではない。かように考えれば、かりに行爲が現實的・一回的なものであつても、結局は行爲者人格の必然的表現であることが理解されよう。

それ故、責任事實關係を行爲者に求め、行爲者責任を主張することは正しいとしなくてはならない。しかし、これは規範的な結論である。理論を理論として徹底させたときに、肯認される結論である。その理論を現實に妥當せしめようとすることは、結局世界觀的な立場へ歸せられる。現實の國家を文化國家ないしは福祉國家と考へない限り、刑

罰の標準を直接行爲者に求めることは法的安定性を害する。かような意味で、やはり行爲責任の理論を捨て去るわけにいかないのである。裁判官に對する罪刑法定主義の規整が、理論的・規範的には行爲者責任を是認しておきながら、現實的・可罰的には行爲責任がアンテイテーズとして残るのである。そこで、同じように行爲者責任を支持せざるを得ないにしても、われわれは行爲責任の理論を新たらしく反省する必要に迫られるのである。ここに一つのジュネターゼが成立する。

行爲責任の理論とは、いうまでもなく、違法な行爲につき行爲者を非難しようとするものである。行爲を責任事實關係とする意味で、客觀的であり事實的であつて、それだけマダナ・カルタ的機能をも果す。しかし、われわれが行爲者人格のもつ意義を積極的に評價して來た以上、行爲責任の理論を考える上においても、何らかの形で、行爲者に對する顧慮が忘れられてはならない。それは二つの面において考慮されることとなる。まず第一に、少くとも行爲者は行爲に對する裏打ちとして、刑事責任とは違法な行爲と行爲者との親和性を考えるということになるのである。その場合、故意においては違法性の意識の可能性が、そして過失においては結果豫見の可能性が、一つの條件となり、「可能性」という客觀的評價によつて親和性の有無が決められる。親和性が存しないということは、責任論においては、責任阻却事由としての機能を果すに至る。また、第二に、行爲と行爲者とは、生の現實においては全く區別できない連続体であつて、行爲の中にすでに行爲者の表現を見出さなくてはならない。かようにして、行爲責任の理論は、たんに違法なる行爲を行爲者に歸するという以上に、行爲に對する評價において、既に行爲者に對する非難を見出し得るに至る。それによつて、行爲責任をその言葉どおり責任として徹底せしめることとなる。そのためには、故意行爲については目的行爲論が大きな役割を果すのである。従來責任要素として考えられて來た故意における事實性の認識は、今や責任から行爲の成立要素へ還元される。ところで、過失行爲はどうか。目的行爲論において

は、過失行爲こそその理論構成を阻む障碍であつたはずである。故意行爲の現實的・目的行爲に對し可能な目的行爲であり、この潜在的・目的性に關聯せしめて、依然過失行爲の存在構造を問おうとするものもなくはない。これに對する批判は別として、その理論にはかなり無理なものがある。問題の解決のために、今一度故意行爲について何故目的行爲論を採つたかを反省してみることとしよう。行爲に對する非難としての違法性を、行爲者人格に關聯せしめて主觀的に構成しようとしたためである。それは、違法性に責任性の徵表を見ようとするからである。目的行爲論はそのための手段であつて、それじたいに意味があるのではない。しからば、過失行爲においても、その違法性を評價する場合、すでに責任性の徵表を見出し得れば足りよう。目的行爲論じたいに拘泥する必要はない。かようにして、過失行爲においても、責任要素と違法要素とを二分ししかも違法要素を行爲者人格に關聯せしめて構成する努力こそ、第一次的でなくてはならないこととなる。わたくしは、この點についての努力もいささかなしたつもりである。「過失の實証的研究」がこれに當てられよう。

以上によつて、わたくしの信じる人格責任の理論の構造を明らかにしておいた。その中において、目的行爲論がいかなる体系的地位を占めるかも理解されたことと思う。

(一) 期待可能性の思想に關する重要な文献として、佐伯・「刑法における期待可能性の思想」をあげなくてはならない。なお、井上、刑法學總則一一九頁以下および刑法各論全二頁參照。

(二) 期待可能性の思想を責任論の体系の中にどのように組み入れるか、についてはいろいろの考え方がある。或は故意・過失の構成要素となし或はそれ以外の第三の責任要素となすが、責任阻却事由と解することが正しいであろう。

(三) 小野博士の最近の所説にきこう。すなわち曰く、「過去の業によつて決定された性格と環境との相互緊張の間に、われわれが自己を決定するところに業の責任(業報)の意味があるのである。」小野・刑法概論一二〇頁以下、とくに一二二頁參照。

古くは、小野・刑事判例解釋集二卷三二九頁。また、同、本邦犯罪現象の認識二〇頁。

(四) 木村・刑法に於ける人間(刑法解釋の諸問題第一卷所載)八頁以下參照。

(五) 不破・刑事責任論一六六頁以下、とくに一七三頁以下。

(六) 井上・過失の實證的研究および「過失の本質と違法性の過失」季刊法律學九號。

(七) 團藤・前掲季刊法一一七頁。

(八) こういふ見解をわが國において最初に明らかにされたのは不破博士であつた(不破・前掲一七三頁)。わたくしにおいても

過失の本質の探求が人格責任論に到達せしめたのである(井上、「刑事責任の本質」法政研究一七卷合併號、一八卷一號)。

(九) 小野・刑法概論一一九頁以下參照。

(一〇) わたくしが性格的傾向性と稱したのは、グリユーンボートに示唆されたものである(Grimhut, Gefährlichkeit als

Schuldmoment: Beiträge zur Criminalpsychologie und Strafrechtsreform, Festgabe zum 60. Geburtstag von

Gustav Aschaffenburg, 1926)。さういふグリユーンボートの如く、單に客觀的危險性という意味に用いたのではない。と

ころが、これに對しては、「もはや純粹に責任刑法を買いたものとは言ひ得ないのであろう」と攻撃されている(平場・前掲

井上正治「刑法學(總則)」一三八頁)。責任と危險性についての論争は、一九二二年オーストリア刑法草案第四三條を廻つ

てなされた、この點についての詳細は、佐伯「責任と危險性」論叢四一卷五號、六號參照。なお、團藤「人格責任の理論」法

哲學會季報二卷一〇四頁以下。

(一一) 同じく人格責任論に立脚しても、團藤教授は、人格形成責任とならんで依然行爲責任を問われる(團藤・前掲一二五頁)

これに對しては、わたくしは別に教を乞うておいたことがある(井上「違法と責任の關連」法律時報二二卷一一號八頁以下)

(一二) 意思の自由については、齊藤「刑事責任と自由意思」季刊法律學第二號七三頁以下。

(一三) 近代學派のいわゆる性格責任の理論が、行爲者の危險性を自然科學的に探求するのに對し、行爲者の人格を精神科學的に

探求すべく提唱されたのは小野博士である（小野・刑法概論一二〇頁）。

(一四) Adolf Lenz, Grundriss der Kriminalbiologie, 1927. 青益脩夫譯・犯罪生物學原論。

(一五) Vgl. Lenz, Die biologische Verfassung des Schuldproblems, Schw. Zeitschrift für Strafrecht, 41. Jahrg., 1928, S. 165 ff.

(一六) Mejer, Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss, 1938, S. 72 f.; Die Straftat als Ganzes, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 57, 1938, S. 688 ff.

(一七) Vgl. Mejer, Kriminalpolitik auf kriminalbiologischer Grundlage, 1934, S. 175 ff. 吉益譯・犯罪學と刑事政策。

(一八) Paul Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht, 1. Teil, 1939, 2. Teil, 1940. 日沖・「行為者責任」刑政五六卷三號一頁以下。

(一九) いわゆる主觀主義がこういう傾向をとる。これに對する批判としては、井上・經濟刑法五一頁。

(二〇) 團藤教授は、人格形成責任ということを考え、行為者人格をも責任事實關係として認められる。しかし、わたくしは、やはり裏打ち以上のものを認むべきではないと思う。行為者を行為に對する裏打ちとして理解されたのは不破博士である（不破・刑事責任論參照）。單なる裏打ちであつても、刑事學的には積極的な意義を有することを忘れてはならない。

(二一) 平場助教授は前掲紹介において、殊に本文趣旨を強調されているかにみえるが、わたくしもそのことを主張したつもりである（井上・刑法學總則一一九頁參照）。

(二二) 行為責任の徹底という考え方は、既に平野助教授にあらわれている（平野・前掲故意について（二）七七頁）。

む す び

與えられた紙幅の関係で、結論を急がなくてはならないが、ここではまず、責任論から違法論へ視點を移しその新

たな構成が必要であることを強調しておこう。違法性を法益概念に關聯せしめて把握するにしても、法益の侵害・危害という因果的思考によつて構成せず、行爲者の人格態度に關聯せしめて主觀的に考察しなくてはならない。⁽¹⁾

違法論に關する問題は別に考察するとして、ここでは、人格責任の理論を適用するには限界のあることを述べておく必要がある。牧野博士は、法律の錯誤につき自然犯と法定犯とを區別し、法定犯については、行爲者の反社會性の徵表として合理的であるようにするため、とくに違法性の認識の必要であることを主張された。しかし、それでも、「法」に違反することを認識してさえおれば即ち行爲者の悪性が認められることになり、そのいわゆる客觀的危險性とは結局法に反する性格であるという結果になるのであつた。これでは、立法が客觀的合理性を失えば失うほど、性格責任の理論はまた合理性を喪失してしまう。むしろ、その理論の適用については謙虛であつて、まず前提として立法の合理性を問うことからはじめなくてはならない。これは、現在における罪刑法定主義の新たな機能である。⁽²⁾

なことはわれわれの人格責任の理論にも妥當する。こういう意味で、わたくしは別に、經濟刑法を著したのであつた。人格責任の理論は、刑事學的研究の眼を開かしめ、また非刑法定主義はその適用の限界を意識せしめる。このテーゼとアンティテーゼの上に、ジュンテーゼとして、一つの犯罪論の体系が生れるのである。

(一) 木村「目的行爲論」法律時報二五卷二號七一頁

(二) 平野助教授にも同じような思想がある。むしろ、同教授の考え方に示唆された點の甚だ多かつたことを記して感謝の意を表する(平野・故意について(二)七六頁)。わたくしは別に、フランス革命當時、裁判官に對する拘束がいかに變遷したかを考へてみたいと思つてゐる。この傾向を正しく追求することによつて、現代における罪刑法定主義の意義を理解し得るのである。

(一九五三・二・二二)