九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

宮本英脩教授『刑法學粹』（昭和六年）

田村，豊

https://doi.org/10.15017/14516

出版情報：法政研究. 2 (1), pp.37-58, 1931-12-30. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

宮本英脩教授『刑法學粹』（合本版）

昭和六年

田村　豊

〔一〕宮本英脩教授著「刑法學粹」が一九三一年六月二十日一卷の書として公にせられた。教授は曩きに「刑法學綱要」（一九二六年――一九二八年）及び「刑法學粹」の分冊に於て、其溫蓄を傾けられて居たが、本年五月最終刊たる第五分冊の成るに及び、之に多少の訂正を加へ、全卷八百五十二頁に亙る著述を終られたわけである。

教授が其學說を世に問はれてより既に歲月を經、刑法研究に獨自の領域を開拓せられ、學としての刑法の構成に努力されて居ることは周知の所である。其之を紹介なせるものも二三あるが、(1) 私は成るべく是等に對する重復を避けつつ本書の一斑を紹介したいと思ふ。

1　草野豹一郎氏、宮本英脩氏「刑法學粹」を讀む、法律時報、第二卷、第二號、三六頁。安平政吉氏、宮本英脩氏著「刑法學粹」（合本版）、同、第三卷、第九號、四七頁。瀧川幸辰氏、刑事學界の一年、同、第三卷、第一二號、一三頁。牧野英一氏、「規範的責任論」と「調和の刑法觀」法學志林第三三卷、第一〇號、一〇〇頁。

〔二〕教授は牧野教授と共にエンリコ・フェリーの流れを酌む主觀主義理論の上に立たれて居る。然し責任論に於ける教授の立場は、實證學派の其れとは稍々異つて、社會的責任に非ずして獨自の規範的責任觀を採られ、其結果種々の點に異色ある結論を示されて居る。とはいへ本書の最も特色とする所は、法律學としての刑法學を論じられた點にある。具體的に之を謂へば、刑法は第二次法なりと謂ふ立場に立つて其理論を體系的に構成されて居る點にあるのである。

教授は刑法を解して第一次的に命令、禁令として働く一般規範が、反價値（違法）と判斷した行爲に對し、第二次的に加へられる制裁とされる（一〇頁）[2][3][4]。故に第一次法たる一般規範に關する問題は價値的判斷なるも、第二次法たる刑法に關する問題は事實的判斷に過ぎない。從つて嚴密に謂ふならば一般規範に違反すと謂ふことはあり得るが、刑法に違反すと謂ふことはあり得ない。刑法には違反するのでなく該當するのである（九頁―一〇頁、一五三頁註三）。本書總論の重心が一般規範上の問題に置かれるのは茲にある。

2　教授は法律規範（其れは悉く法益保護を目的とするのであるが）を其法益に對する關係より二種に分ち、一を他の法律規範に關係なく獨立の當爲として第一次に法益を保護する一般規範とし、其二を一般規範の違反を條件として之に對し一定の効果を附與すべきことを定むるもの――斯かる制裁を定むる法は或は專ら或は多少の程度に於て之に由つて一般規範の拘束力を確保する作用を有するものである――となし、前者一般規範を第一次法と謂ふに對し、後者を制裁法又は第二次法と謂はれる（一一〇

頁）。而して刑法を制裁法中の最も有力なものとし、斯かる刑法の特質より刑法學の體系を構成されるのである。

3　第二次法たる刑法の學は第一次法たる一般規範の學と不可分の關係にあるを以つて、刑法學の研究に當つては先づ一般規範學的知識を明にしなければならなくなる。是れ教授が緒論に於て法の概念の問題を取扱はれ、以つて本論に於ける行爲の違法性乃至規範的評價の問題の解決の準備とされる所以である。教授は法とは何ぞやの問題に付ては「法其者ノ概念」（法の形式）――「規範的方面」――と「法ノ内容ニ屬スル概念」――「事實的方面」――とを區別して觀察される。「法ノ内容ヲ研究スルニハ法ノ形式ヲ知ラサルヘカラサル如ク、法ノ形式ヲ研究スルニモ亦實ハ略ホ内容ノ如何ナルモノナルカヲ知ラサルヘカラス、即チ少クトモ具體的ナル法ノ一端ヲ知ルコトニ由リテ法ノ抽象的形式ヲ知ルコトヲ得ルモノナリ」（六七頁）。「法ハ此兩方面ヨリ觀察シ得ル事情ノ備ハリタル場合ニ初メテ一ノ文化價値トシテ成立スルコトヲ得」（八五頁）。是の故に法律學の研究に於ては理論上は先づ法の概念より始まると謂ふも事實上は常に同時に「法ノ實在形式ト其特殊内容」との兩者を對象とすることになるのである（六八頁）。斯くて「法ハ經驗的實在トシテ考フルトキハ其一般的形式ハ最モ强力ナル拘束意思ナリ」（六八頁）と。

4　仍ほ教授の所謂一般規範は、法文に明示してあることもあれば、制裁法を通して暗默に示されてある場合もある。例へば人を殺したものは死刑に處すと謂ふ制裁法は、其前提に人を殺すべからずと謂ふ一般規範を默示するものである。

但し制裁法も法としては廣義の規範なるが故に、其特殊の見地よりする評價的觀察を含むことは當然である。後出可罰的評價がそれである（一一頁）。

斯くて「刑法學ハ一般規範上ノ評價ヲ經タル行爲ニ對スル刑法上ノ可罰的評價ノ原則ノ學ナリト謂フヘシ」

（一一頁）として刑法學の定義を確立され、其犯罪論を說くに當つても一般規範上の違法問題と刑法上の可罰問題とを峻別し主觀主義的見解と、價値論的考察とを以つて其理論を展開されて居る所は、最も注目に値する所である。

さて本書の體系的立場として一般規範の問題と刑法上の問題とを區別された教授は更に刑法學上の根本主義を論ぜられ、以つて其體系に於ける原則の配列を一定の理論に從はしめられるのである。

(1)刑法の意義內容を明にし之を統一的に說明するに付ての從來の見解たる新舊學派（主觀主義、客觀主義）の對立に關しては、「結局之ヲ論スル者ノ人生觀乃至世界觀上ノ爭ニ歸ス」（一二頁）。(5) 此對立は「思想的背景ノ移動ニ伴ヒ近時著シク緩和セラレタリ」（一二頁）とされる。

併しながら「此爭ハ程度論上ノモノニアラスシテ立場ヲ異ニスル主義上ノモノナルカ故ニ之ヲ折衷シテ單一ノ理論ヲ構成スルコトハ固リ不可能ニ屬ス」。「苟モ刑法ノ進步ニ着眼スル限リ其發達スヘキモノヲ促シ、其止ルヘキモノヲ抑フル意味ニ於テ、何レカ一方ヲ主要視セサルヲ得サルハ是亦當然ノ歸結ナリ。要スルニ此刑法學上ノ二主義ハ其熟レヲ採ルトスルモ各其立場ニ於テ刑法學上ノ原則カ合理化セラルル根本義ナルカ故ニ、其主トシテ熟レニ依ルヘキカハ刑法學ノ研究ニ方リ最先ニ決セラレサルヘカラサル問題ナリトス。」（二四頁―二五頁）と。茲に刑法學研究に志すものにとり看過すべからざる注意が示されてある。

5　教授の刑法學を理解するには其背後に流れて居る人世觀、世界觀を理解する必要があるが然しそれは非常に難しいことである。茲には唯、曾つて發表された論文（「刑罰トハ何ゾヤ」法學論叢、第七卷、第六號）、及び著書を參照して其一端を描出して見るに過ぎない。

教授は吾人の社會生活には一定の要求があり、其要求を滿足せしめる形式として「調和」といふことを考へ（同論文五頁―六頁）、其調和の動力を「愛」とされる（同一四頁）。曰く「社會人生ノ活動ハ愛（人類愛）ヲ以テ基調トス。愛ヲ基調トスル社會生活ノ理想ハ調和ナリ」（綱要第一分冊四八頁）。「調和トハ何ゾヤ」に對しては「相互の立場ヲ超越シテ如何ナル要求ヲモ夫々包攝スル唯一妥當ノ統一ナリ。器械的結合ニアラスシテ有機的融合ナリ」（學粹五二頁）。調和は其統一に含まるゝ雜多のみの調和であるから一の調和と他の調和とは更に大なる統一に於て調和せられ、斯くして調和は序を追ふて無限の調和に向つて進むのである（同論文八頁）。而して吾人の社會生活に於ては縱へ其實現は不可能なりとするも一切の目的も手段も此圓滿無碍の大統一に精進することを以つて無上の價値としなければならない（學粹五二頁）。規範との關係に付ては右の如く調和には段階があるが一定の雜多に對しては常に一あつて二なしとすれば「其形式ハ普遍妥當トイフ意味ニ於テ規範テナケレハナラヌ。從テ規範一般トシテ見レハ其內容ハ人ト時ト場所トノ組合セ如何ニ依ツテ異ナルトコロノ相對的ノモノテアルカ、之ニ由ツテ現ニ統一セラレ支配セラルゝモノ、立場ニ於テハ其價値ハ常ニ絕對的テアルトイフコトカ能キル」（同論文、八頁。同趣旨學粹七一頁）。是故に調和に體系がある如く規範にも體系を考へ得るのである。――こは教授の法の本質及び其解釋論を理解する上に特に必要なことである。

然らば吾々は「何カ爲メニ絕エス調和トイフコトヲ考ヘテ行動セネハナラヌカ」に答へて謂はれるには、「若シ、吾々カ始メカラ

人類ノ進歩トイフコトヲ念頭ニ置カヌナラハ固ヨリ問題ハナイ。然シナカラ苟モ人類ノ進歩ヲ信スル限リ其進歩ノ形式ハ一切ノモノ、調和テナケレハナラヌ」（同論文一三頁）と。以上に由つて不充分ながら愛、調和、價値、規範の相互關係を觀取することが出來るであらう。斯かる立場より教授は國家も法も刑罰をも考へられる。之が刑法に現はれて「愛ノ刑法觀」、「調和ノ刑法觀」となり、主觀主義、教育刑論、更に死刑廢止等へと向ふのである。

(2)教授は刑法學上の根本主義の爭を結局人世觀上の爭とされるが、刑法が實踐規範たる性質より「理想ヲ立ツルニモ實際ニ依據スルコトヲ要ス」（一三頁）。斯くて刑罰史の跡を尋ね、刑罰が感情的反動より目的的反動に進み來れる方何を以つて、將來進化の方向を推測され。（二〇頁）茲に現實の理想を置かれるのである。然しながら「刑法ノ目的ヲ正當ニ理解スルニハ先ツ刑罰ノ現實ノ作用ヲ其全般ニ亘テ考察スルコトヲ要ス」（三五頁）として、其作用を實質的效果（犯罪豫防の作用）と感情的效果とに分ち、前者を一般豫防と特別豫防とし、後者を被害者並に其親族の報復心、公憤、一般的應報感情滿足の三とする（三五頁―三六頁）。而して應報刑論者は此感情的滿足を刑罰の本質として主張するものであり、[6] 教授も之が刑罰の心理的基礎たることは認められる（三七頁）。然し教授に依れば前記の諸效果の價値は平等ではあり得ないから、其中最も本質的な效果を選んで之を助成し、他の效果は別に之を刑法以外の一般政策に讓るべきである。然らざれば特殊文化としての刑法の

使命が全らせられないであらう。而して感情的效果を目的とする時は種々の弊害を伴ひ、一般豫防を目的とするも、其效果は一時的にして、且つ限度あるが故に、是等の效果は他の效果に伴ふ副作用の程度を以つて滿足すべきであり（四〇頁―四八頁）、刑法は其最も本質的な效果たる特別豫防を目的とすべきである。

6　教授はヘーゲルの刑法理論に於ける所謂「犯罪ハ法ノ否定ニシテ、刑罰ハ法ノ否定ノ否定ナリトスル思考形式」―應報刑論者の共通觀念と解することが出來るであらう―を次の如く批評されて居る。法が犯罪により否定された時、其法の否定は法を尊重せざる意思の自己主張で行爲自体ではない。行爲は單に其結果たるに過ぎない。故に此法の否定が回復される爲には改悛によるより外なく、刑罰は法の否定の否定なりとて、加害者に反動を加へるも、其れにより何等法の權威は回復されないのみならず、行爲に對する有形的な應報は、社會として二重の損害を被るものである。有形的な刑罰が合理的なるが爲には、別に獨立の理由がなければならない。其れは刑罰の實際的効果である（序）と。

右の如く刑法の直接關與する所が特別豫防即ち、犯罪人の改善又は淘汰――威嚇（特別威嚇）をも廣く改善の一方法と見て――たる以上は「犯罪人ニ對シテ如何ニ刑ヲ科スヘキカノ評價ノ標準ハ、當然犯罪ヲ通シテ見タル犯罪人ノ性格タルヘク、犯罪ノ事實タルヘキニアラス」、「從テ刑法一切ノ原則ハ理論上主觀主義的ニ構成セラレ又說明セラルヘキモノトス」（五九頁―六〇頁）。

斯くて刑罰の目的を特別豫防に置かれた教授は、進んで刑法理論としての教育刑を說かれるのである。(7)

7　刑罰は理論上教育でなければならぬといふことは十年前「刑罰トハ何ゾヤ」（法學論叢、第七卷第六號、第八卷第一號）の論文に於て夙に之を力說されて居る所である。

其理論的根據が教授の愛の人世觀、調和の世界觀の刑罰觀への顯現なることは、今更言を俟つまでもない。社會人生の活動は愛（人類愛）を以つて基調とし、愛を基調とする社會生活の理想は調和である。此調和の理想が科刑問題に關しては「犯罪人ト社會」との間に現はれ、犯罪人の改善（敎化）となるのである。「改善可能ト改善不能トノ分界ハ如何ナル標準ニ依ルモ實ハ程度論ニシテ、而カモ其事前ニ於ケル具體的判斷ハ必スシモ正確ヲ期シ難シ。從テ刑法上淘汰ヲ科スヘキ場合ニ於テモ、一般ニ之ヲ變更シテ有期刑ト爲シ得ル餘地ヲ存シ、且其目的ノ爲メ死刑ノ如キハ絕對ニ之ヲ廢止スヘキノミナラス。――茲に教授は死刑廢止論を說かれる――此意味ニ於テ理想的ニハ、刑罰ハ常ニ改善刑タリト謂フモ不可ナキナリ」（五三頁―五六頁）。然るに其改善を謂ひ敎化と謂ふも、其實行に當つては非常な困難を伴ふことは之を認めねばならない。「從テ改善主義ノ刑法觀ハ此點ニ於テ成立ノ可能ヲ疑ハレサルニアラス。然シ特別豫防主義に於ける敎化改善は「如何ナル違法行爲ヲモ再ヒスルコトナキカ如キ人格者ヲ養成セントスルモノニアラス。即チ唯犯罪人ヲ通常人ノ程度ニ引上ケントスルニ過キサルナリ。從テ斯カル程度ノ改善ハ設備ノ完全ト方法ノ宜シキヲ得ルニ於テハ、通常人ノ努力ヲ以

テ尙相等ノ效果ヲ擧クルニ足ル」（五七頁―五八頁）と。

(3)上述せる根本理論と現行法との關係如何に付ては、教授は次の如く說明せられる。曰く「現行刑法ノ立場ハ傳統的社會感情ニ對シ特別ノ考慮ヲ用ヒタル點――犯罪は原則として實行の着手を要すること並に既遂を一般要件とすること――ヲ除キ、大體ニ於テ犯罪徵表主義ヲ經トシ、規範的責任主義ヲ緯トシテ犯罪ヲ定メ、之ニ對シテ謙抑主義ノ自制ノ下ニ刑ヲ科セントスルニ在リ。從テ其諸原則ハ多ク主觀主義的理論ニ從ヘルモノ」（六六頁）なりと。

其規範的責任主義と謂へるは、刑法は行爲規範としての一般規範を前提する以上、「刑法カ刑罰ヲ科スルニハ單ニ行爲アリタルコトヲ條件トスルニ止マラス、尙行爲者ニ於テ其行爲ニ付キ、法律規範ニ照シテ反價値（違法）ノ判斷ヲ受クルニ足ル精神狀態ニアリシコトヲ前提トス。換言スレハ刑事責任ハ精神病者等ノ場合ト異リ、單ナル社會的責任ニアラスシテ、規範的評價ヲ感應セシメ、之ヲ啓發スルニ適スル能力的意思ヲ前提トスル責任ナリ」（六三頁―六四頁）。即ち自己の行爲に對する「規範意識能力」あるものが、故意又は過失により規範に違反する結果、社會を害すと言ふ特殊的意義を有する責任といふことになる。

是に由つて之を觀れば、教授の規範的責任主義は自由意思を根據とするものではないが、刑法上責任能力者と

責任無能力者との區別を是認する點に於て、社會的責任と異り、獨逸に於ける規範的責任論と呼ばれるものを道義的責任論の徹底せるものと解するならば、[8]之とも亦其趣を異にする所のものである。是れ教授の責任論をして獨自の色彩を帶びさしむる所以である。

8　木村龜二氏「刑事責任ニ關スル規範主義ノ批判」法學志林第三〇卷、第八號、四〇頁。

其謙抑主義とは刑法を第二次法と解する立場より來るものであつて、即ち刑法が自ら謙抑して一切の違法行爲を以つて處罰の原因となさず――反規範性の極めて輕微なる場合又は刑を科するに不適當なる場合は之を犯罪とせず――其處罰を一定の類型にのみ限り、專ら科刑に適する特殊の反規範的性情を徵表する違法行爲のみを以つて處罰の原因と爲すことを言ふのである（六五頁―六六頁）。故に規範的責任主義は、第一次法たる一般規範に關する違法性の問題と關係し、謙抑主義は第二次法たる刑法に關する可罰（類型）性の問題に關係するものなることを注意しなければならない。

(4)本論に入るに先つて仍ほ附言せねばならぬことは、法の解釋の問題である。教授は「法ノ解釋トハ法ノ認識ヲ謂フ」（六九頁）と。即ち有らゆる解釋の材料――成文、判例、慣習、社會通會、等――を通して得たる結論が始めて法として認識されるのである。[9]其法以外に所謂文化規範――條理、公序良俗――なるものの存在を否定せ

られる。「予ヲ以テ見レハ條理ハ法以外ニ在リテ法ト對立スル別個ノ規範ニアラス。條理ヲ以テ社會的常規ナリトスレハ、法カ法タル限リ常ニ條理ナリ」。（九二頁）是れ後に違法論に於て教授が違法を一元的に見る考へ方へと進展される礎石をなすものである。(10)

9　斯くして得た結論は規範體系中の一段階に於ける其れが關係する範圍内の事項に付てのみ普通妥當のものである。從つて「法ノ解釋ノ問題ハ結局價値比較問題ニ外ナラス。而シテ此價値ヲ定ムル標準ノ何タルカニ付テハ予ハ事實トシテ結局社會感情ニ求ムルノ外ナキモノト解ス。從テ社會感情ノ變化ニ伴テ法ノ解釋モ亦進歩ス。斯ク見テ予モ亦近代自由法運動ノ立場ニ與ミス」（七三頁）と。

10　違法を一元的に見る考へ方とは行爲の違法は唯一般規範のみに由つて定まるものと考へるものである。

〔三〕次に上述せる所の研究方法に由つて構成された犯罪論を掲げやう。教授の犯罪論の特色は既に一言せる如く、一般規範上の違法問題と刑法上の可罰問題とを區別しつつ其理論を構成されて居る所にある。順序として因果問題、違法性、有責性問題の相互關係及び其價値論的考察より窺ふことにする。

教授に依れば犯罪（形式的犯罪概念）は「刑法上類型的ナ有責違法ノ行爲ナリト謂フコトヲ得」（一五九頁）と。茲に違法は犯罪の一般構成要件である。然らば違法とは何か。第二次法たる刑法の前提としての一般規範は、事

前に於ては行爲規範として働き、事後に於ては評價規範として働く。而して違法判斷は一般規範違反の行爲が行はれた場合に、其評價規範としての立場から、其行爲の價値を否定する所の一の反動であり、而かも此反動は「規範的評價ヲ行爲者ニ告知シ、之ヲ啓發スルコト」に由つて、行爲者の意識に於ける失はれたる規範に對する價値感情の回復を求むる所の目的的反動である。斯く考へれば違法は行爲規範の妥當し得べき人の行爲に付てのみ考へ得ることであつて、畢竟一定の能力を前提とする主觀的違法となるのである（二一二頁―二一三頁）。(11)(12)

11　從つて違法行爲は「一般行爲能力者ノ違法類型的ナル行爲」である（二一九頁）。教授は違法類型なる言葉を可罰類型に對立さして用ひられる。其意味は行爲が違法なる爲には必す何等かの規範に照して違法なるが故であつて、其規範の內容に從つて、種々類型を異にする、斯かる違法行爲の類型を謂はれるのである。

12　「違法行爲ノ實質ハ法益ノ侵害又ハ脅威タリ。」其脅威（又は危險）は抽象的なるを以つて足る（二一九頁―二二〇頁）。

茲に於て違法の問題は責任の問題と相關係する。教授は責任の意義に關しては事後に於ける制裁非難の意に解せず、其非難を引起す根本の意思、換言すれば最も主觀的に用ひられたる行爲の有責性、即ち（能力者の）故意過失と解される。處で教授は責任を一般規範上の意義と刑法上の意義とに分けて考へられる故に、前者は「規範的評價ノ問題ニ於ケル違法行爲ノ要件ニシテ行爲カ違法ト判斷セラルヘキ前提タル行爲者ノ一般責任能力ト故意

過失」となり、後者は可罰的評價ニ於ケル犯罪ノ要件ニシテ、行爲カ罰セラルヘキ前提タル行爲者ノ刑法上ノ責任能力ト故意過失」（一五六頁、二七三頁―二七四頁）となる。(13) 今茲に違法問題との關係に於て重要なる意義を有するは、前者即ち規範的責任の方にして此意義に於ける責任は「法律上行爲カ意思ニ歸屬セシメラルル理由（物心連絡ノ契機）タル意思ノ性質ナリ。斯カル契機ヲ有スル意思ハ心理學的ナル存在概念ニアラスシテ規範學的ナル價値概念ナリ」。斯く見て「始メテ價値的ナル意思カ價値的ナル行爲ノ原因トナリ、此ヲ以テ彼ニ歸屬セシムルコトヲ得ルモノナリ」。責任を斯くすれば「責任ハ意思ノ違法」と謂ふことになり（二七七頁―二七八頁）、此意味に於ては「責任ナケレハ違法行爲ナシ」（二七九頁）と。

13　責任を一般規範上の意義と刑法上の意義とに分けて考へられる所以は、教授の刑法學の組立より來る當然の歸結とも謂ふべきものである。

而して二者が其意義を異にするは、畢竟責任能力が法律上多少の條件を異にするが故であつて、規範的責任能力と可罰的責任能力（受刑能力）との區別に付ては、「我刑法ノ如キ責任年齡ノ比較的高キ法制ノ下ニ於テハ理論上ノミナラス、實事上ニ於テモ兩者ハ明ニ別個ノ觀念ニ屬ス」（二八五頁註一）。從つて例へは十四歲未滿の幼者（十三歲位として考へて見る）が刑罰法令に觸れる行爲を爲した時は、可罰的（刑法上の）責任は常にないが規範意識能力を有すと思惟される以上、彼の行爲は違法であり、規範的責任はあると解される。二者の差は「實質ニハ本來程度ノ差ニ過キス」（二七三頁）と謂はれる所より見るも、可罰的（

刑法上の）責任は規範的責任のより高度な場合に現れるものである。即ち可罰的（刑法上の）責任は規範的なる故意又は過失によりて表徵せられた反規範性の中、刑罰を必要とする程度の量並に之に適する質を有するものである。故に其價値性の特色は事實的なのにある。此意味に於ては「責任ナケレハ刑罰ナシ」と（二八二頁）。

斯くて違法問題に關しては故意過失を以つて違法の要件とする主觀的違法說に據り、規範的責任を違法行爲の要件とされた教授は、他方法律上の因果關係は法律的價値世界に於ける因果問題なるが故に本質上適法違法の價値問題なりと解される。[14] 故に此關係よりすれば、責任（有責性）の問題は、當然因果問題の根底とならなければならぬ。從つて法律的因果關係の範圍を定むるに、故意過失の範圍を標準とする適當條件說中、主觀說を採られるに至るのである（一八一頁―一九三頁）。

14　法律上の因果問題が何故價値關係と見なければならないかに付ては不作爲の因果關係を以つて說明されてゐる。（「行爲ノ評價ト因果關係」法學論叢、第一一卷第一號）例へは「母親カ嬰兒ニ乳ヲ呑マセナイテ死ニ致シタヤウナ場合」母親は嬰兒を殺したことになる。此場合論理關係說を推し進めて行けは「他人ノ災難ヲ救助セヌ者、他人ノ病氣ヲ介抱セヌ者ハ皆變死ヤ病死ノ因ヲ作ツテ居ルコトニナルノテアル」。而して論理關係說の論者は「其凡テカ原因テアルカタ、其中違法ナル母親ノ態度ノミカ罰セラレルノタ」と。然し教授は斯樣な場合に「母親ノ態度タケハソレカ單ニ罰セラレルトイフタケテナク、ソレノミカ原因テア

ルトイヒタイ」「結果ニ對スル原因カハ違法トイフコトニアルト見タイノテアル」と謂はれる（同論文、二五頁―二六頁）而して「此因果關係ノ解決ノ第一歩ハ所謂、不作爲ノ意義、換言スレハ不作爲ハ如何ナル實在ナルヤノ考察ニ在リ」（學粹二〇四頁）とされ、「不作爲カ實在タルハ常ニ價値ノ世界ニ於テノミ」（同二〇五頁）。即ち義務違反の不作爲は事實上毫も結果に對して原因たるものではないが、法律上即ち法律の要求に照して原因となるのである。「要スルニ結論トシテハ法律上義務違反ノ不作爲ハ結果ニ對シテ原因タリ」。このことは作爲の場合にも同樣なりとし作爲不作爲を通して統一的因果關係を說かれるのである。

以上に由つて見ると責任は違法行爲の要件であり、違法は因果問題の契機である。即ち因果問題は違法、責任の理論と離るべからざる關係にあることを知る。是れ教授の價値論的考察の結果で、行爲を價値的に見て初めて違法なる結果を違法なる行爲に歸屬せしめられると同樣に、責任關係に於ても齊しく意思を價値的に見て、違法なる行爲を違法なる意思に歸屬せしめれれるのである。之を意思、行爲（表動）、結果の三者に結び付けて考へる時、表動、結果間の問題が因果問題にして、意思、表動間の問題が、責任關係の問題となる。そして責任と違法とに在ては意思のみが評價の對象となる場合に責任と謂はれ、意思と表動とが一體として對象となる場合に違法と呼ばれるのである。

次に責任條件たる故意過失を說くに當つては、違法（一般規範上の問題）、科刑（刑法上の問題）の兩方面よ

り論じ、「故意ハ違法ノ意識ヲ含ム」（三〇〇頁）故に「此意識ヲ缺ク時ハ事實ノ豫見アルモ以テ故意アリト爲スニ足ラス」（三〇二頁）。「故意ハ科刑ノ認識ヲ含マス」。故に「行爲者カ行爲ノ處罰ヲ知ラサルモ違法ヲ意識スル限リ仍ホ故意アリ」（三〇四頁）。刑法第三八條第一項本文は故意犯を原則とすると同時に、其但書は過失犯を例外とする規定なりとし、其例外たる過失犯中に事實の不豫見によるものと、規範の不知によるものとあることを指摘され、前者を罰する場合は「刑法中僅カニ四種ニ過キス」。――即失火罪、過失溢水罪、過失往來防害罪、過失致死罪。後者「規範ノ不知ニ因ル過失犯ノ範圍ハ全然故意犯ニ一致ス、而シテ之ニ對スル法定刑モ亦故意犯ノ場合ニ同シ」（三三五頁―三三六頁）とて、同條第三項「法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシトスルコトヲ得ス」を此場に該當するものと解される。――斯く解することにより規範の不知に關する過失犯の成立範圍と處罰は、事實の不豫見の場合の其れに比し頗る權衡を失するも、之が緩和は同條但書其他二三の規定の運用によらんとする――刑法第三八條第三項を一般規範の不知に關する過失責任の規定なりとし規範的責任主義の原則より說明されんとする見方は一部の論者より一の卓見として注視されて居る所のものである。[15]

15　此点に關しては大正十四年所謂「狸ト狢ノ裁判」の世に出た當時既に其考へ方を發表されて居る。（「法ノ錯誤ニ就テ」法學論叢第一四卷第六號）即ち該判決理由中「立法者ノ技術上ノ不用意ヲ難シタ文言ハソレトハ明ニ言ツテ居ナイケレトモ恐ラク同

一考ヘ方ノ現レノ一端テハナイカト察セラレル。具體的ニ謂ヘハ立法技術上ノ甚シキ不用意ニヨッテ動物學上ノ專門知識ヲ有スルモノ、ミカ正解シ得ルカ如キ規定ニツイテ錯誤カアッテモ、ソレハ被告人ニハ過失ハナイ、――何ゝなれは此場合「タトヘ被告人カ要求サレタ注意ヲ用ヒテモ違法ノ認識カ不可能ト考ヘラレル場合ニハ初ヨリ注意ヲ用ヒヌ場合テモ過失ナシトセラレルカラテアル」――「過失ナケレハ刑法第三八條第三項ノ適用ナシトイフ趣旨テアラウカト思フノテアル」（同論文二七頁―三〇頁）。惟ふにこは刑法上の通說とも謂はれる刑事犯と法定犯との區別を排し、判例と其態度を一にしつゝ、其獨自の立場より全く新なる見解を樹立されたものである。

更に錯誤理論に於て規範（法）の錯誤の問題に付ても規範的評價の問題と既に規範的評價を經て違法と判斷せられた行爲に對する刑法上可罰的評價の問題とに分けて考察される（學粹三四四頁、「法ノ錯誤ニ就テ」（法學論叢第一四卷第六號一五頁）。是れ教授が刑法第三八條第三項の解釋に於て第一の意義――規範の不知に關する過失責任（三〇三頁）を意味す、――第二の意義――行爲者が處罰を知らざるも違法を意識する限り故意の責任あることを意味す（三〇四頁）――の生れる所以である。「類型事實ニ關スル錯誤ノ效果ハ一般規範上ト刑法上トニ於テ差別アリ」（三三〇頁）是れ亦同樣なる立場より、しかく困難な問題に明確な解決を與へられて居る。斯くして教授は其一貫せる立場を維持しながら犯罪論を說明されるのである。

上述せる所を念頭に置いて再び犯罪の意義を考へて見る時、始めて之を理解することが出來るであらう。

犯罪とは「刑法上類型的ナ有責違法ノ行爲ナリト謂フコトヲ得」と。即ち、違法なる行爲が――違法（類型）阻却原因（二二六頁）、規範的責任欠缺の事情（二七九頁）の存する時は適法行爲又は放任行爲（自然行爲を含む）（一六〇頁）となる――可罰（刑法）的に有責なる事情を具へ――可罰（刑法）的責任欠缺の事情の存する場合は單純なる違法行爲となる（一六〇頁）――更に刑法の定むる可罰類型に該當する場合（犯罪最後の一般要件）――免刑原因（特ニ刑罰阻却原因）の存する場合は刑法上科刑のみ阻却するものなる故其行爲は常に違法性を失ふことなし（一六〇頁）――之を犯罪とされるのである。(16)

16　可罰類型、違法類型（既述）なる言葉は教授の特に使用される言葉である。可罰類型とは或行爲が犯罪となるには幾多の違法行爲中、刑法が特に規定を設けた種類に限るのであつて、斯かる類型を稱して謂ふのである。可罰類型と違法類型との關係に付ては、「規範體系ト違法體系トハ常ニ相一致スルノ理ナリ」「犯罪類型ハ一定ノ段階ニ於ケル違法類型ニ屬スル行爲ニ付キ或ハ之ヲ分解シ或ハ之ヲ結合シテ別ニ適宜ニ其內容ヲ定メタルモノニシテ、二者ノ間ニハ何等直接ノ關係ナシ」（二一九頁註二）と。

更に進んで犯罪の態樣を論ずるに當つては、可罰未遂、不能未遂を初め、共犯論に至る迄、悉く主觀主義的說明を以つて終始されて居る點は之を偉としてやまない所である。

〔四〕最後の刑罰論に於て刑罰と保安處分とに關しては、保安處分の目的が犯罪の特別豫防にある點は刑罰と同樣なるも、其意義相同じからずとなし、規範的責任主義に據られる結果は「刑罰其者ノ廢止セラレサル限リ、刑罰ノ態樣ハ將來如何ニ變化スルモ、刑罰ト保安處分トノ對立ハ消滅スルコトナシ」（五二八頁）と謂はれるに至る。蓋し「刑罰ハ主觀的ニ違法ナル行爲換言スレハ、規範的ニ責任アル行爲ニ對スル規範的反動ヲ前提トシ、之ヲ含ミテ行爲者ニ科セラルルモノニシテ、規範的評價ト處分的評價トハ、論理上必然ノ關連アルモノナルニ反シ、保安處分ハ必スシモ主觀的違法ニ對スル規範的反動ヲ前提トセス、唯客觀的違法アレハ、直ニ之ニ對スル處分的評價ヲ基礎トシテ加ヘラルルモノナリ」（五二七頁―五二八頁）。即ち能力者が一般規範に違反すること（違法）により社會を害したものに加へられる制裁が刑罰であり、同じく社會を害するものなるも、保安處分の對象には違法といふことは問題にならないのである。兩者の差は唯違法を前提とするや否やにある。從つて後者の目的は「唯危險ノ爲ノ隔離ト治癒」なるに反し、前者の目的は「隔離ト改善トナレトモ此場合ニハ、刑罰ノ執行ニ由ル危險性ノ治癒ノ外、尙科刑其者ニ含マルル規範的評價ノ意味（違法）ヲ意識セシムル目的ヲ伴フ。即チ規範的評價ニ由リテ行爲ノ反價値ヲ行爲者ノ意識ニ訴ヘ其自覺ヲ求ムルモノナリ。」（六四頁）と。更に「犯罪ノ豫防ニハ刑罰以外ニ一般豫防方策ト保安處分ノ二方法」（五二七頁）あることを述べ、「今日保安處分及ヒ一般豫防方策カ刑罰以

外ニ於テ重要ナル意義ヲ有スルニ至レル所以」（四九二頁）に言及されてゐる。刑法及び行刑の近代化といふことだけを以つて滿足することなく、其犯罪を減少せしめる爲め、一般豫防方策の研究の必要を痛感するものである。

〔五〕最後に各論を一瞥するに其組織的說明に付ては、普通法益を標準として各罪を二分或は三分するのであるが教授は之を四分し、國家の法益に對する罪、個人の法益に對する罪、公共の法益に對する罪の外、更に特殊の方法に由る犯罪として僞造罪を獨立せしめ、其理由としては「特殊ノ方法ニ由ル罪ノ被害法益ハ或ハ國家ノ法益ナルコトアリ、或ハ個人ノ法益ナルコトアルモ、實際生活上其方法ノ特殊ナル點ニ於テ重要ナル意義ヲ有スルカ故ニ此意義ニ於テ又之ヲ獨立ノモノトス。」（五三二頁―五三三頁）とされる。

又財產に對する罪に付ては特に教授の異色ある見解を觀る事が出來る。教授は物の意義を「有體物ノ効用ノ義」に解され、「管理可能物說ハ究竟ニ於テ之ヲ物ノ効用ニ付テ理解セントスルモノ」（五八六頁）であるが故に、此點に於て此說に贊成され、領得の意義に關しては之を廣義に解し「他人ノ財物ヲ經濟的ニ支配シ又ハ其經濟的支配ノ可能ヲ獲得スルコトヲ意味ス。」（五九一頁）と。其所謂經濟的支配の中には獨り自己の爲のみならず、第三者の爲及び第三者をして直接に第三者自身の爲に爲さしむる場をも包含せしめ、其支配の可能も亦自己に付て

も、第三者に付ても共に之を生ぜしむる者のなす領得の可能の獲得と解せられるのである。

次に領得罪の分類に付ては、「財物ノ占有ノ態樣ニ因リテ之ヲ奪取罪(窃盗、強盗、詐欺、恐喝)ト横領罪トニ區別スル見解」に對し、教授は「犯罪方法ノ差ニ因リ」之を分ち、領得が「被害者其他一定ノ者ノ意思ニ基カスシテ行ハルル場合」と、「此等ノ者ノ瑕疵アル意思ニ基キテ行ハルル場合」とにより、之を「冒得罪」と「騙取罪」の二つとし、「冒得罪ハ更ニ之ヲ分テ盗取罪、横領罪トシ、騙取罪ハ之ヲ詐欺罪ト恐喝罪トス。通例ハ横領罪ヲ以テ所謂奪取罪一般ニ對立セシムレトモ、嚴密ニハ横領罪ハ單ニ冒得罪中ノ一種ニ過キス」(五九四頁)と。

之を要するに教授は刑法究竟の目的が特別豫防にあることを高調せられ、價値論的考察を以つて理論を說き、主觀主義的見解を刑法上の原則として、刑法に統一的說明を與へられて居る。而して本書の出色せる點は教授が法律學としての刑法學を論じられた所にある。教授の言葉を借りて謂ふならば刑法は第二次法なりと謂ふ命題の示す方向を辿りつつ理論を展開されて居る點にあるのである。特に犯罪論に於ける諸問題の研究に「法の規範的分析」と「其論理的展開」とを以て終始されて居る所は、本書の體系的特色にして他に多く其の類を見ない所ものである。其周到なる理論的考察はよく主觀主義刑法學完成への一大貢獻とも謂ふことが能きる。茲に限られたる紙數を以つて本書の眞髓を遺憾なく傳へることは私の到底企及き難き所、唯擱筆に當つて却つて教授の眞意を

誤り傳へたることなきかを憂ふるものである。（終り）