

違法論の法理

井上, 正治
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1537>

出版情報 : 法政研究. 33 (3/6), pp.217-257, 1967-03-25. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :



違法論の法理

井上正治

はしがき

一 ここ数年間、わたくしは、違法論にもっと積極的な機能を認めて、違法論を犯罪論の中でこれまでよりずっと日の向る場所に引き出すべきだ、ということ強く主張して来た。最近のものとしては、日沖論文集の中の「過失犯の違法論」^(一)において、簡単にではあったがその点を問題として提起しておいた。そういう提唱をしなければならぬ所以のものは、構成要件に対するわたくしの理解ともつながるのである。構成要件の本質については、有力な学説が解して来たように、わたくしはいわゆる違法類型（すなわち違法性の存在根拠）だとは考えない。そうではなく、構成要件は、「類型」というより単なる観念形象にすぎず、ただ違法性を徴表する機能をもつにとどまると解するのである。それ故、構成要件に該当する行為といえども正確には、いまだ違法からも合法からも等距離にあるのであって、それ故、違法論においては、たんに違法阻却事由の有無を検討するだけでなく、積極的に、構成要件に該当する行為が果して違法であるかどうかを評価しなくてはならない。

なぜ今更そのように考えなければならぬのだろうか。本稿はその理論的必要性を若干法哲学的観点に立って論証してみたく思う。

(1) 井上・過失犯の違法性(日沖還曆論文集一卷・昭四一年・三三頁以下所載) 参照。

二 まず論述の手がかりとする意味で、いわゆる「被害者の承諾」(Einwilligung des Verletzten)⁽¹⁾の問題を採り上げなくてはならない。「被害者の承諾」の理論は現在の犯罪論ではそれほど大きな意義を有しないかのように解されているが、わたくしはそうは思わない。被害者の承諾があれば、法益の侵害(Rechtsgutverletzung)はなく、法益の侵害がなければ構成要件該当性も肯定できない。ある行為が構成要件に該当したということはそれで法益が侵害されたことになるが、他面法益の衝突(Zusammenstoß der Rechtsgüter)を衡量し、「態度不法」(Verhaltensunrecht)を確定することに違法論の問題がある。⁽²⁾だから「被害者の承諾」を考慮することによって、法益の侵害とは何かを考えさせられることとなる。法益の侵害のないところに犯罪はない。これが犯罪論におけるわたくしの出発である。

「被害者の承諾」を前提にしなければ説明の難しいと思われる事例として、医師の治療行為を例にとろう。医師の治療行為は、原則として構成要件に該当しないと考えることが常識的である。⁽³⁾しかし例外はある。治療行為が相当ならざるものであれば、やはり構成要件に該当する。そうすると、医師の治療行為については、それが治療行為として相当なものであったかどうかという違法性の存否が構成要件該当性の前に判断されていることになるが、その点の批判はここでは別としよう。それにしても、医師の治療行為については、治療行為なるものが一般に構成要件に該当するかどうかという類型的判断がなされているのではなく、当該行為が具体的にみて、相当なものといわれ得るかどうかを検討し、そして構成要件該当性の有無が結論されている。そういう論理をとれば、正当防衛による殺人についてもたんに違法性を阻却するだけでなく構成要件に該当しないということができはるはずである。というのは、正当防衛に基く殺人だったかどうかも、その当該殺人行為を具体的な事情の中で判断したものであって、その限りでは、医師

の治療行為の場合と異ならない。もし正当防衛による殺人はたんに違法性を阻却するだけのものなら、医師の治療行為も、構成要件に該当するが、治療行為として相当なときには違法性を阻却するという見解も出てくるわけである。^(四)治療行為であっても身体を傷害していることは間違いないところだからである。

しかし、治療行為は治療行為であって、そこに着眼すれば、構成要件に該当するという見解にも、やはり抵抗を感じるものがこのころ。その矛盾を解決し得る一つの途は、「患者の承諾」が構成要件該当性を阻却するという論理である。蓋し、承諾がなければ法益の侵害があることになって、それ故にこそ、構成要件該当性が認められる。急患の場合でも同じである。「結果不法」(Erfolgsunwert) ということはそういう意味のことである。

ところで、生命について、「被害者の承諾」ということが認められるだろうか。中には、未成年者誘拐罪についてさえ、保護者の承諾は公序良俗に反するが故に承諾として効力がないというものもあるが、そういう見解によれば、もちろん生命についての被害者の承諾など当然のこと公序良俗に反して無効となる。しかし、そうだとすれば、自殺も違法といわなくてはならないが、—またそう考える見解が有力である—、しかしいくら国家といえども追いつめられて自殺せざるを得ない者に、自殺をするなど禁じることができるものだろうか。そこまで法が干渉するということは、なんといっても法の限界をこえている。だから自殺は違法ではないといふべきである。自殺が違法でない限り、いわゆる同意殺は殺人の一種のように規定されてはいるが、実は殺人ではなく、その可罰性はこれを別のところに求めなくてはならぬであろう。ちょうど仮案の規定する緊急救助義務違反罪が不作為による殺人ではないが、人が死に直面しているばあいこれを放置することじたいを禁止しているばあいに被害者の承諾があったばあいでも、人の生命を奪うがごとき「行為」に出たことじたいを違法視するものだと解すべきではなからうか。ただ殺人としても処罰しているのだけではないここでは「行為不法」(Handlungsunwert) が問題となる。だが法益の侵害

のないところに犯罪を考えることはむしろ例外としなくてはならない。

このように犯罪は法益侵害（正確にはその危殆をもふくめて）にはじまる。法秩序は結果の発生を禁じているのである。これは、犯罪に対する存在論的 (ontologisch) な観察である。そしてまた、「被害者の承諾」があれば法益の侵害はないということも、法秩序という観点に立てば必然的結論のように思う。刑法における犯罪の理論は、ただたんに規範的にのみ構成されるべきものではなく、その前に存在論的な把握が必要だということを強調しておきたい。ただ規範的にのみ考察すると「被害者の承諾」もあるばあいには有効であり、他のばあいには公序良俗に反して無効とされ、しかもその理由は十分に聞けないまま公序良俗に反するからという結論だけを押つけられて恣意的なものとなる虞がある。そこで、わたくしの構成要件の理論をもそうした存在論的な考察に裏付けてみたいというのが本稿の目的である。

或いはいうかもしれない。医師の治療行為は、いわゆる社会的相当行為 (sozialadäquate Handlung) として、それだから構成要件該当性を阻却すると。或いは同じ発想から、最近は、可罰違法法ということを強調し、可罰違法性を欠く行為は構成要件にも該当しないという注目すべき提唱もあった。たしかに、社会的相当性という思想は、一義的に構成要件論か違法論のいずれかに位置すべきではなく、時には違法阻却の原理としても働かし、また別の場合には構成要件該当性を阻却する機能をもつこともある。だから、医師の治療行為は社会的に相当な限り構成要件にすら該当しないと考えることも考え得ないわけではないが、医師の治療行為をそう考えることは、構成要件の存在論的考察を忘れた結論であり、規範的考察に終始した従来の刑法学が容易におち入る誤りだといわなくてはならない。存在論的に考察する限り、社会的相当性がそれ故に構成要件該当性を阻却するのは、社会的相当なることが疑う余地のないほどはつきりしたものでなくてはならないものであり、その場合に限られるのである。

存在論的考察を前提としたとき、構成要件の本質及び機能とはなんだろうか。

- (一) Vgl. Honig, Die Einwilligung des Verletzten, 1919. わが国の最近の文献では、井上(祐)・被害者の同意・刑法講座二卷一六〇頁以下がある。
- (二) 「態度不法」については二章において考察する。
- (三) Vgl., RG. 25, 375, 1894. S. 31.
- (四) Geg., Welzel, Das deutsche Strafrecht, 9. Aufl, 1965 S. 262; Beising, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, StRW., Bd. 44, 1932, S. 220ff.; Englisch, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, StRW., Bd. 50, 1938, S. 1ff.

第一 構成要件の本質

一 われわれの指導形象的構成要件という考え方は、いうまでもなくベーリンクに始り最近ではヴェルツェルの強く唱くところである。それは単なる形象であって実体をふくまない。「類型」というがごとく考えて実体をふくませると、それはまた違法性をふくまなくてはならなくなる。構成要件は違法性に関係しているだけのことで、そう考えなければ、違法論の機能が消極的なものになってしまう。これは「はしがき」でもふれたごとく、構成要件の存在論的考察の結果であった。構成要件の存在論的考察ということは、わが国では平場教授の所説にもみられるが、結論はわたくしのとるところとは異なる。というのは、平場教授も構成要件を類型的にとらえられるからである。

そこで先ず、ベーリンクの説くところを想起してみよう。ベーリンクは、古い「犯罪論」(Die Lehre von Verbrechen, 1906)においては「法定の構成要件」と犯罪類型との区別をなしていなかったが、晩年の「構成要件論」(Die

Lehre von Tatbestand, 1930) では、爾來の学問的進歩と批判を参照しつつ、その両者を区別するに至った。周知のごとく、大要次のように論じている。すなわち「すべての犯罪類型は種々の異った要素から総合された全体である。いかにこれらの要素が多種多様であっても、それはここにまず觀察すべき独立の犯罪類型については――尚、みな一つの觀念形象 (gedankliches Gebilde) に帰着し、この形象こそは、この犯罪類型の統一性を基礎づけるものであり、且つ、それなしには、これらの要素はこの類型の特徴としての意味を失うものである。この形象こそは法定の構成要件である^(二)。たとえば、窃盜という犯罪類型は、その主觀的要件も客觀的要件も「他人の動産の窃取」という指導形象 (Leitbild) を中核として成立し、この指導形象こそが法定の構成要件といわれるものであり、しかも、一切の構成要件は没價值的、純記述的性質のものであって、それじたいとしては違法という法的評価をふくむものではない。構成要件は不法類型ではないということになる。構成要件は犯罪類型にたいしたんに規整的ただけであって、いいかえると、構成要件は犯罪類型の論理的前提であって、その統一をなり立たしめるという意味での機能概念 (Funktionsbegriff) に止る^(三)。ベーリンクが犯罪類型を構成要件として把えなかったことには、わたくしとしても賛成できるが、構成要件は犯罪類型のたんに「論理」的前提にすぎないところに、ベーリンクの見解はわたくしの見解とは違ふものがある。構成要件は犯罪類型の「發生論」的前提でなくてはならない。

その点宮本博士の「基準類型」という概念は構成要件の理解においてはより正しいものが把えられていたように思う^(四)。「刑法大綱」によると、基準類型とは、「犯人の内部的客觀と外部的客觀とに跨る^(五)」ものとして、そしてまた「嚴格に種類性質を同じくする各個の可罰類型を識別するについて、その基準となる抽象的な行為型態をいう^(六)」ということだったが、これまではベーリンクの指導形象にかなり近いものが感じられる。ところで、宮本博士の刑法理論の理解には、博士において、規範的評価と可罰的評価の分別という方法がとられ、また、規範において主觀的違法論に

よっていることを前提としなくてはならない。ここに宮本博士の刑法理論の背髄があった。いわゆる基準類型は、構成要件の理解において、まさにこの規範的評価に対応してそこから構成されたものであり、その可罰的評価に対応するものとしては可罰類型なるものが別に提唱されていた。基準類型と可罰類型との対立は、ベーリンクの法定の構成要件と犯罪類型との対立と相似たものがうかがえるが、実はそうではないように思われる。「可罰類型とは、正確に言えば、刑法が可罰行為として定めている具体的類型ということであって」^(七)、目的的政策の見地において、可罰的考慮から、基準類型の中から罰すべきものと罰するべからざるものとを撰り別け、その実現型態が可罰類型として示されているのである。そこでは、両者の発生論的關係が把握されている。ここがベーリンクとは違う。

更に、この基準類型は違法類型であるが、その内実としては、博士の主観的違法論による限り、反規範的な禁じられた行為をなさんとする意思の類型として構成され、だから、「犯罪の基準類型」という論文では、「基準類型は唯意思内容にのみ関するものであるといっても差支ない」^(八)とまでいわれている。平場教授は、そこで、宮本博士に対し、観念としての違法行為がここでは出発となっていることを批判され、禁止の素材としての現実の違法行為を対象として、現実の違法行為の類型、すなわち、『意思の類型』から『行為の類型』への転換の必要性をとかれる^(九)。傾聴に値する批判であって、われわれもまた、観念的に違法行為をとらえるだけでなく、その前に現存在としての違法「行為」を犯罪論の出発とすべきだと考える。

ところで、その平場教授は、右のような批判の下に、「『意思の類型』から『行為の類型』へと転換して宮本先生の理論を承継したいと考えるものである」^(一〇)となしつつ、可罰行為類型と犯罪類型とを区別して、可罰行為類型をもつて、「法定の構成要件」と解された。教授は可罰行為類型の提唱に際して、ベーリンクの「構成要件論」につき、「私には二重の意味でこの書物を評価しいたと思う。一つは『犯罪類型』の概念において、裁判における認定の類型として

の構成要件を完成したことであり、二つは『指導形象』の概念において、超裁判的な方向への、構成要件理論の第二の出発点を築いたことである^(二二)と指摘されているところに、その理論の概要がうかがえるものがあつた。しかし、他面、ベーリンクの指導形象が実質のない機能概念に止つたところにベーリンクの形式主義的思考の限界をみて、これを鋭く批判され、「裁判における犯罪の認識の型を出発点として、いまやそれから抽象されたものに到達し乍ら、しかも社会的実現としての犯罪行為の型へと超えない限界線があつた^(二三)」となし、それ故に、実質的行為の類型としての可行為類型の理論に到達されたのである。

わたくしの指導形象としての構成要件論も、可罰違法類型という意味ではないところに、指導形象としての機能が強調されるのであり、しかしその内実はまた、平場教授のいわれるごとく、たんに観念的なものに止るのではなくて、その前に、現存在としての行為が対象となるところに、ベーリンクをこえようとするものがあつた。しかし、社会的現実としての実質的行為をいかに理解するかという点で、平場教授とはいささか見解を異にするものがあつたが、それ以上に、平場教授が構成要件を可罰行為「類型」として理解されるところに、既にベーリンクの機能概念としての指導形象を超えるものがあり、これが実は平場教授がわたくしの見解と相容れないところでもある。

ところで、このような実質的な「行為類型」の理論は、平場教授も指摘されているごとく、メツガーに既にみられた。彼は、一九五三年、その「刑法構成要件論の変遷」(Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandstheorie)^(二四)において、彼の年来の主張であつた「不法類型」(Unrechts-Tatbestand)としての構成要件とともに、それと並んで、行為類型という意味で「行為構成要件」(Handlungs-Tatbestand)を認めた。この行為類型としての構成要件は没価値的であるところに特徴があり、その限りでは、ベーリンクの指導形象的構成要件と近いものがある。しかしベーリンクの指導形象は余りにも観念的な形式的思考によって生れたものだが、メツガーはそうではなく、構成要件

を行為類型として実体的にとらえているところが違う。不法類型の他にこのような行為類型を承認するに至ったのは、目的行為論の存在論的な方法に強く影響されたが故であって、それ故、「行為構成要件」は行為の存在論的な理解によって構成されたものだった。そこで、行為類型としての構成要件は、評価に関係なくむしろ評価の対象を規定し、それ故、存在論的な「行為」の類型であり、これに対して、「不法類型」としての構成要件は、構成要件の違法という意味で「不法」という評価に関係づけられて機能するところに特徴があった。そこでまた、「行為類型」は記述的なものでなくてはならず、且つ他面、行為の存在論的構成部分のすべてをふくみ、行為の Finalität や行為の Sinnhaftigkeit もその要素となる。^(一四)

メツガーのこの新しい構成要件の理論は、犯罪類型を構成要件として広義のものと狭義のものとに分けて、これを評価の対象と評価という機能的関係において整序したという点において、体系的であり興味あることだが、しかし、行為類型と不法類型とは、発生論的にはどういう関係に位置づけられるべきかが不明なところに問題がある。平場教授は、メツガーの思考に敬意を表しながらも、犯罪類型としての構成要件を訴訟の領域に駆逐し、刑法における構成要件としては、可罰行為類型だけを認められるが、平場教授においては、可罰行為類型の実現が犯罪類型であったから、そう体系づけてもおかしくはなかったが、メツガーにおいては、「行為類型」の実現が「不法類型」であるというわけでもないところに、両者はただ機能的差異において特徴づけられているだけであった。しかし、不法か否かということも、構成要件に即しこれとの関連の下においてしか考えられないという学説もあるくらいであって、一概に、不法類型としての構成要件は犯罪論に位置すべきではないとはいえないものがある。それなら、行為類型と不法類型とは発生論的にはどういう関係におかれるべきだろうか。それが明らかにならないと、メツガーの構成要件理論は、徒らに、屋上屋を重ねる弊を免れないのであって、「行為類型」としての構成要件を認めなくても、行為は存

在論的なものと説明しさえすれば、評価の対象を存在論的に規定することができる。事実メツガーは、言葉では「行為類型」として構成要件をいっていても、構成要件理論の重点は相変らずこれを「不法類型」としての構成要件においたのである。

- (一) 平場・構成要件理論の再構成(刑法における行為概念の研究・昭三六年所載)参照。
- (二) Beling, Die Lehre von Tatbestand, 1930, S. 3.
- (三) Beling, a. a. O., S. 5
- (四) 宮本博士の学説については、平場教授の正当な理解に基く紹介と批判がある。平場・前掲書二二〇頁以下参照。
- (五) 宮本・刑法大綱・昭一〇年一二二(二)頁。
- (六) 宮本・同
- (七) 宮本・同
- (八) 宮本・犯罪の基準類型五三五頁。
- (九) 平場・前掲一二三頁。
- (一〇) 平場・同
- (一一) 平場・一一五頁。
- (一二) 平場・同一一七頁。
- (一三) Mezger, Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, 1953 (N.J. W. 6 J. G., 1 Heft, S. 2ff.), Ders., Handlung und Tatbestandsmäßigkeit (in Leipziger kommentar, 1. Aufl. 1953, S. 6. f.) Ders., Die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung, Die Bewertung der Handlung im Strafrecht, (a. a. O., 8. Aufl., 1957, S. 8f.)
- (一四) Mezger, Wandlungen, S. 2f.
- (一五) 井上(祐)・刑法違法論の帰趨・判例タイムズ一九九号(昭四二年)一一頁以下は、そういう観点からの論述である。

それに対する若干の批判は次章にゆずる。

二 存在論的方法論に立って、新らしく「行為類型」の理論をとることとなったメツガーは、ヴェルツェルの方法論的功績について、こう述べている。すなわち、現代の法的思惟におけるもっとも重要な進歩は、今世紀初頭ないしその後の数十年の間に法実証主義から存在論的考察方法へ移行したことであるとし、法の領域には、論理的な真理とともに存在論的な真理があり、立法者もすべての法の解釈者もその存在論的真理に拘束され、勝手にそれから離れることはできないことをたえず強調しつづけてきたのは、ヴェルツェルの功績である。いいかえれば、そこでは、「存在的な事物に拘束された方法」(die seins-oder sachgebundene Methode)が特徴とされたのであった。そのヴェルツェルに聞くことにしよう。

法秩序は、いかなる存在論的事実を評価し、それに法的効果を結びつけようとするのかを、みずから決定する。しかし、法秩序は、事実を構成要件に類型化するばあい、この事実自体を変えることはできない。法秩序は、事実を言葉で言い表わし、その徴表を選び出すことはできるが、事実自体は、個性的なものであって、あらゆる可能な法的評価の基礎をなし、したがって、あらゆる定立される可能性のある法的規定に先置された対象なのである。構成要件は、この先置せられた存在論的素材を『反映』しうる、すなわち、言語的および概念的に論郭づけ得るだけであるが、この言語的、概念的な『反映』の内容は、対象となるものの存在論的本質構造を徹底的に検討してはじめて、あきらかにしうるのである。ここから、方法論に関して、刑法学は、つねに構成要件から出発しなければならないが、——というのは全く構成要件確定 (tatbestandliche Fixierung) の外にあるものは、刑法にとって、そもそも問題にならないから——、その概念的に確定されたものの内容を理解し、また法的評価を正しく把握するために、刑法学

は、たえず構成要件を超越しこれに先置された存在論的領域まで掘り下げなければならぬのである。というのは、ハイデ (J. E. Heyde) の特に強調しているように、すべての評価は、その評価の適当な認識 (die adäquate Erkenntnis) を前提としているからである。

ヴェルツェルのこのような提唱を手にして、犯罪の存在論的特徴はいかに理解されるべきだろうか、それが問われなくてはならない順序となる。^(五)

いわゆる「行為不法」論の反対にもかかわらず、犯罪はまず法益の侵害危殆にあることを銘記しなくてはならない。そこで、法益の侵害危殆といわれるものがどういうものであるかということについて、さきに若干ふれたことはまた存在論的観察によっても裏付けられ得るように思われる。蓋し、人と人との関係という秩序の中においては、お互が相手の利益を尊重するところに成り立つのであって、利益の放棄があるのにその放棄を無効とすることは、別の観点からの評価があるからであって、それでは存在論的観察と矛盾するものといわなくてはならないからである。ところで、法益の侵害危殆だけでは違法性を特徴づけるには十分ではないのであって、それが、まず、一定の行為に帰せられなくてはならない。帰属性 (Zurechnung)^(六) の問題がこれである。imputatio facti は imputatio iuris の論理的前提であって、現在では因果関係の問題として法律学の論じるところである。しかしヘーゲリアンにとっては、当時、ラーレンツも指摘するごとく、有責な行為だけに興味があったので、行為についての判断と行為の価値についての判断が同一視されて、両者の区別はなくなり、そこでの帰属性は自由な人格への帰属ということの主観的帰属に限られた。^(七) しかし、帰属性の問題に答えるには、行為の法的、道徳的価値とは別に、まず、客観的帰属のことが問題とされなくてはならない。この客観的帰属の問題を採り上げるにしても無限の因果関係を肯定する限り結局、結果と行為との関連は制限されないこととなるのであって、そこで、因果関係を制限する理論として、条件説が生まれ、そ

して、現在では、いわゆる相当因果關係説が更に条件説にとつて代つた。

だが、ラーレンツは「相当なる惹起の理論」(Theorie der adäquaten Verursachung)は、因果の理論としてではなく、帰属性の理論として基礎づけられているといっているが、まさにこれは重要な指摘だつたといつてよい。といふのは、相当因果關係説は、無限の因果の関連を刑法的に評価して、結果の行為への帰属を法的によりわけ刑法的観点から確定しようとするものであつて、すぐれて法的概念であり、それ故、われわれのごとく法的評価の前提として客観的帰属の問題をその存在構造において把えるものからみれば正しいとはいえない。そこで、周知のごとく、メツガーはそういう批判から例の「重要性説」(Relevanztheorie)を唱え、刑法における因果關係も一般的な因果關係であるといふことを強調して、因果思想と責任思想とを嚴格に區別しようとした。^(八)不破博士が「本来因果の概念は、吾々が経験世界に於ける現象を把握する場合に従わざるを得ない認識の形式であつて、思惟の範疇に属する。之れは法学上の概念たるに止まらずして、先験的な思惟形式として論理学的概念に属する。従つて法学的思惟が一般論理学的思惟形式に従わねばならぬ以上、範疇としての因果の概念も亦通常の意味、殊に他の経験科学に於けると同様の意味に用いることを要し、特別な『刑法上の因果關係』というものを考えることは許されない」として条件説を採用し、そして「因果關係が肯定せられた後、其の原因たる行為が結果に対して如何に評価せらるべきであるかは、刑法学独自の立場から其の重要性如何に依つて決定せられることを要する。而して或る原因たる行為が結果に対し刑法上重要性をもつか否かを決定する基準となるものは、唯、構成要件と其正当なる解釈であるのである」^(九)とされるが、これこそ重要性説の展開だつたといつてよい。

重要性説が因果關係の問題を刑法的評価から解放してその前に位置せしめたことは結果的にも正しいものがあつたが、しかし、たんにそれも因果關係が思惟の範疇たるが故にそうなくてはならないというだけでは、いまだ観念的で

あって、われわれの違法行為を刑法の外においてその存在構造に即してとらえようとする方法論とはその出発において相容れないものがある。そこに批判が残る。

ヴェルツェルは、認識範疇はすでに存在範疇だということについて「新様相」第四版の序文の中でこうしている。『法における「存在論的」要素についてのわたくしの見解に対し加えられている反対も、ハルトマンの存在論の背後に、なお、一九二〇年代の哲学の業績が存在することをみとめない点にもとづいている。すでに、ブルノー・パウホおよびリヒャルト・ホエーニヒスヴァルトの後期新カント哲学が（なお、ニコライ・ハルトマンの「認識の形而上学」以前に）、「経験一般の可能性についての条件は、同時に、経験の対象の可能性についての条件でもある」というカントの「すべての総合的判断の最高原則」を説明しており、ここから、認識範疇は存在範疇でもあるという結論、すなわち、認識範疇は、単に認識形而上学的範疇ではなくして、（本来的に）存在論的範疇なのであるという結論に達している。「存在論的」という言葉は、第一に、このことを意味しているのだ¹⁰」(ZStW 51 S. 704 参照)、それは、（後の）ハルトマンの「存在論」から出たものではなく、また古い（前批判的）形而上学の存在論とも関係をもつものではないのである¹⁰』と。そして、彼は重要性説に立ちながらも、「故意の犯罪においては、（構成要件の）故意に包含される因果の関連の彼方に生じた結果はすべて故意犯の構成要件にとっては除外される。故意犯においては、それ故、客観的構成要件と主観的構成要件の結合、すなわち、外的成起とそれを支配する故意との凝集が重要な因果の関連を述べる¹¹」となす。そこで、故意によっておしすすめられたものだけが構成要件上重要な因果関係というわけである。存在論的観察では行為を目的行為として理解しなくてはならない以上、その行為と結果との因果の関連を目的行為とそれによって支配された結果のみについて認めようということは十分に理解できる。しかし、それならば過失犯における因果関係はどう理解されるべきだろうか。かりに過失犯をも目的行為という構造をも

って説明するにしても、その目的行為は構成要件の結果以外の結果に対する目的行為であって、構成要件の結果じたいは目的行為によっておし進められたものではなく、目的行為とは盲目的関係におかれるにすぎない。それ故、過失犯では、故意によっておしすすめられたものだけが構成要件上重要な因果関係だというわけにはいかない。メツガーは、「目的行為論は行為概念の『目的理論』であるか『目的的行為理論』であるか不明である。明らかにこの理論は、第一に『目的』理論として考えられ、徹底的に『自然的』因果性に代えるに刑法の目的的觀察をもってしようとするものである^(二二)」と指摘しているように、一般行為論であるかどうか疑われる^(二三)。ただ、結果の行為への帰属性を説明するに便利であったが、しかし、それも故意犯に限られるのであって、過失犯においてはやはり挫折する。

でも、過失犯には、過失行為の「目的性」とそれと結果との「因果性」がまだしもある。ただ、目的行為をもって、直接結果の帰属を説明し得ないというだけのことである。しかしここでは、結果の行為への帰属性は、客観的に予見可能だったということに求めることができる^(二四)。いいかえれば、結果と行為との間には、「客観的」に相当因果の関係がなくてはならないということである。これは相当因果関係説における客観説だといってよい。いわゆる客観説ならば、いわゆる主観説や折衷説と違って主観的帰属に關連しないで、そういう刑法的評価の前におかれているため、存在論的構造を失わない。その機能は、客観的に存在する事実を前提にして、きわめて偶然なものを除くということにあるのであって、^(二五)確かに、過失犯の成否を検討する場合に、これまでも不知不識のうちに、まずきわめて偶然なものを除くところに因果理論の役割を見出し、そしてそれからその結果を避けるためにどうすべきだったかという観点から過失行為を求めて来ていたのである。

過失行為の因果性とは、そうして結果を行為に帰する役割があったとしても、過失犯の目的性はそれでは「帰属性」の問題において果してどういう機能をもつものだろうか。それを正しく理解することは、また故意犯の目的性の

機能を理解させることにもなる。そのためには、不作為犯について一言言及しておかなくてはならない。

不作為犯は、行為者が結果を惹起せしめたというものではなく、その発生を防止しなかったところに特徴があるのだから、そこには行為といわれる積極的なものはない。行為がなければもちろん目的性もない。そうして無から有は生じないといわれたごとく、また不作為犯には因果性もない。過失犯と不作為犯は、一見その構造上似たところがあるが、不作為犯にはしかしこのように目的性も因果性もないところで、過失犯とは本質的に異なるものがある。それ故、不作為犯において、発生した結果を不作為へ帰属させようとすれば、一定の規範を前提にして、無といわれるものに着色しなくてはならないが、もし規範を前提にすることになれば、そこに存在論的な構造を求めることはできなくなる。そこで、不作為犯を考えるばあい、規範を前提にした作為義務を考えるより更にその前提となるべき保証人的地位 (Garrantenstellung) ということを採り上げてくるのではないかと思う。^{〔六〕}蓋し、保証人的地位ならば、これは、もともと現実社会の中に存するはずのものであって、それ故、存在論的觀察とも合うからである。ところで、保証人的地位を前提にして不作為犯を考えるとすることは、結局、発生した結果を一定の不作為へ帰属するというよりは、その不作為を行為者じたいに帰属することになるのである。この点は甚だ重要な結論といわなくてはならない。ラーレンツやホーニツヒの客観的帰属性の理論は、たんに行為と結果との関係でなく、ある事象がある主体の行為 (Tat) たるかどうかの判断であり、「相当」因果性に代えて、法律学は「客観的帰属可能」な因果性すなわち意思にその原理をおく因果性を要求すべきであるといっている、ことを想起すべきである。ラーレンツは、「不作為の帰属性」を論じて、「因果性という代りに帰属可能性と呼んだ方がよい」という。このように、行為者と結果との帰属性が求められて、帰属性はまた帰責性——それも客観的な——ともなるのであって、ある違法行為の存在論的觀察が全うできることとなる。

ところで、一步ひるがえって故意犯や過失犯においては、この「行為者」との帰属性の問題はいかに考えられるべきだったであろうか。いままで、結果の行為への帰属だけを考えてきたが、過失犯では、客観的に予見可能な結果が発生したということ、その結果を行為に帰属できたが、故意犯では、結果は目的々におし進められたということ、帰属させられるというのである。しかし、故意犯でも、ラーレンツの指摘のごとく、客観的に予見可能な結果（*Möglichkeit der Voraussicht*）だったということ、行為に帰属させることができるし、それで足りた。そして、結果に向けられた目的行為は、それでその結果を支配可能（*Möglichkeit der Beherrschung*）だったことを意味するのであって、それでもってその行為は行為者の行為となり、そして、発生した結果は行為者だけに帰属させられる。同様なことは過失犯についてもいえる。過失犯における目的行為は、かりに構成要件的に重要ならざる結果に向けられていても、その過失行為を行為者に帰属させるために役立つのである。客観的帰属性ということは、ラーレンツが認めるごとく、発生した事象がある主体の行為によるものだったかどうかということであり、そこまでいってはいじめ、可罰的評価の対象が存在論的構造において把握されることとなる。

のみならず、そうだとすれば、故意犯の目的性も行為を行為者に帰属させるだけの機能しかないのではないか、そしてまた、それで十分なのではないかと思われる。この意味でも、目的行為の理論は、実は行為の理論ではなく、帰属性のための理論ではないかといわざるを得ない。そうなると、目的性は、目的行為論のいうごとく結果に対する現実の目的支配であるところまでは必要なく、自己の身体的態度に対する目的支配とのみ解しておけば足り、結果は支配可能であればよい。

そこで、社会的現実としての「行為」は、いわゆる社会的行為概念（*Der soziale Handlungsbegriff*）のいうごとく、客観的に支配可能な社会的結果への方向をもつ客観的に支配可能な態度——それもわたくしによれば「人格態

度」として定義されることになる。この「人格態度」として行為の実態をとらえることは、違法性の本質をどう理解するかということも密接に関連して来るものであって、次章で明らかにする。

- (一) Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, S. 7.
- (二) Mezger, *Leip. Komm. 7. Aufl.*, 6. Bd., 1953, S. 3.
- (三) Welzel, *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*, 1951, S. 3f; Ders., *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4. Aufl., Vorwort S. XI (福田Ⅱ大塚訳・ハンス・ヴェルツェル目的行為論序説・昭三七年六頁以下)。
- (四) Welzel, *Das neue Bild*, Vorwort S. X 本文は福田Ⅱ大塚訳によった。
- (五) 存在論的觀察について、最近の業績としては、大野・目的行為論の基礎の検討(一)・熊本法学四号がある。
- (六) ここにいう「帰属性」はさう「帰責性」とよばれるものであるが、平場教授は、*imputatio moralis* 又は *imputatio iuris* と區別して、*imputatio physica* 又は *imputatio facti* を帰属性とよばれたが、ここで用いられているのは、「客観的帰責性」の意味で、平場教授にならって、「帰属性」とよんで、*Zurechnung zur Schuld* と違つことを意識しておく(平場・前掲書五二頁、一四頁以下参照)。
- (七) Vgl. Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, S. 60f.
- (八) Mezger, *Strafrecht, Allg. Teil*, 8. Aufl., 1958, S. 69ff.
- (九) 不破Ⅱ井上・刑法総論・昭三〇年八八頁以下。
- (一〇) Welzel a. a. O., (福田Ⅱ大塚訳前掲書六頁以下)。本文も福田Ⅱ大塚訳を借りたが、同訳は本文の最後の部分、「また古い(前批判的)形而上学的存在論とも関係をもつものではないのである」という個所を誤訳されているように思い、この部分は私の翻訳によっている。大野・前掲も本文と同旨の翻訳をされている。
- (一一) Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 9. Aufl., 1961, S. 40.
- (一二) Mezger, *Moderne Wege*, S. 17.

(一三) 同旨、平場・行為の目的性（前掲書所載）一四頁以下。

(一四) 平場・前掲二二頁以下は、「結論からいえば彼の行為がこのような客観的危険を示す場合に危険の現実化として生じた結果は彼に帰せられてよい」として、本文と略同旨の見解を述べておられる。行為が客観的危険を示す場合にその現実化としての結果が「行為」に帰せられるのであれば理解ができるが、それが直ちに、「彼に」帰せられるというためには、他の条件が必要ないように思われる。そのため、教授は操縦可能性ということを条件とされる。これはわたくのいう支配可能性と同じものであれば賛成できる。

(一五) 平野・刑法の基礎（8）・法学セミナー一九六六年一月号二六頁以下は、因果関係の問題を考察されているが、その結論とされるところは本文と同旨である。そして、平野教授も、所説の中にはっきりとは出ていないが、しかし、因果関係の問題を存在論的に考察されているように解される。

(一六) いわゆる保証人的地位と作為義務とは別のもののように思う。詳細は次章に論じるとして、作為義務とは、保証人的地位にあるあるものの間において、具体的にみて、誰が作為に出るべきだったかという問題であり、具体的に決定され抽象的、一般的問題ではないが故に、まさに違法論に属するものではないだろうか。次章において言及することになるが、例えばプールで溺れている幼児を前にして、プール監理者も父親も保証人的地位にあるといわなくてはならないが、その具体的事例において、その幼児を救助すべき作為義務は両者のどちらにあるかということとは又別の問題である。

(一七) Maurch, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl., 1958, S. 125.

(一八) Maihofer, Der soziale Handlungsbegriff, Festschrift für E. Schmidt, 1961, S. 156ff., S. 178.

三 ところで現実中存在する違法行為についても、そのうち、可罰的なものとしからざるものとの選択が必要である。構成要件がその役割を果たす。こうして、構成要件は、現実社会に存在する違法行為に対し、一定の可罰評価に基いて、これを規整する観念形象にすぎないということになる。立法者の可罰評価で規整されて構成要件が生れるところで、宮本博士の基準類型と異なるものがある。そして又、おそらく、メツガーや平場教授の行為構成要件や可罰行為構成要件とも違うことになるのではないだろうか。のみならず、われわれの解する構成要件はたんに、観念形象

にすぎないが故に、それじたいとしては内実を伴わないのであって、その具体的内容は現実社会の中に存在すると解するため、ここでも亦、いわゆる類型論とも異なるとしなくてはならない。構成要件は、現実的に存在する類型のうち罰すべきものをしからざるものから選り分けて、これを規整するだけのことである。団藤教授は、構成要件該当性 (Tatbestandsmäßigkeit) という判断も一つの評価であると規定されるが、⁽¹⁾ 評価であると考えると、構成要件じたいが一定の意味をもたなくてはならなくなる。構成要件を可罰違法「類型」(あるいは違法・責任類型と考えれば尚更のこと) と考えれば構成要件が一定の意味をもつと考えることも至極もつともなことで、そして構成要件該当性をもって評価と解するのも当然のことであろう。しかし、わたくしの立場からは、そういうことにはならない。構成要件とは一定の抽象的観念的形象に他ならず、そして具体的行為が一定の構成要件に該当したときに、構成要件は現実化するということに解すべきであり、それ故、構成要件該当性というよりも「構成要件の実現」(Verwirklichung des Tatbestandes) と呼ぶ方が当を得ている。

構成要件はその意味でやはり、ベールリンクのいわゆる指導形象に近い。だが、たんに犯罪類型から観念的に帰納されたにすぎないものではなく、その内実は現に現実社会の中に存在するから、立法者としては、随意にそれを歪めることはできないのであって、ただそのまま刑法の中に移しおかなくてはならない。それ故、また構成要件は一定の行為を可罰的とすべきかどうかの Ob を扱うのみであり、いかなる程度に可罰的かという Wie を扱うものではない。⁽²⁾ 別の言葉でいえば、構成要件は、いかなる程度に可罰的かという Wie——そしてそれは評価であるが——の前に、その評価の対象を記述するものだといってよい。もちろん構成要件は可罰評価をしているので評価に関係はないとはいえないが、評価に関係しているだけのことであって評価をふくむものではない。たんに評価対象を規定するだけのことである。この評価とくに不法評価に関連した構成要件のことをメツガーは「不法構成要件」(Unrechts-Tatbesta-

nd)と呼んでいることは周知のところであるが、わたくしの構成要件は、觀念形象にすぎないか類型かという違いはあるが、この点ではいわゆる「行為構成要件」に近い。ところで、この「行為構成要件」は評価の対象を確定することになるのであって、事実的なものではなくてはならず、^(四)そこからまた「行為構成要件」は社会的相当性とは関係がなく、社会的相当性を欠くものも行為構成要件には該当するとす。そうでなければ評価と評価の対象とが混同してしまうというわけであるが、次にこの点を考えておく必要がある。

このメツガーの所説に対し、平場教授は、「行為構成要件」を選択するばあい、立法者の選択の意図は、本来可罰的違法という角度から選択したものであり、それ故、「社会が一般に相当なものとして疑われないような行為は構成要件に合致しない」という意見の方が真実に近い^(六)と批判される。確かに、社会が一般に相当なものとして信じて疑われない行為まで、構成要件に該当するというのでは、平場教授のいわゆる「可罰」行為の類型としての趣旨からはずれるし、社会が一般に相当なものとして信じて疑われないような行為を除いて構成要件を理解することこそ、「違法」行為の存在論的觀察にも合致するのである。その限りでは平場教授の批判は正しい。のみならず、それほどはっきりしたものを除くという作業は、メツガーの考えるごとく評価といふべきものではなくして、これまた平場教授の指摘されるように、認識作用の一つに他ならないのである。だが、平場教授が「行為類型は法上禁ぜられた」という限定を付しても差支ないものと思う」とまでいわれると、具体的事情の中ではじめて許される行為まで構成要件に該当しないと いわなくてはならなくなるが、しかし、そこまでいくと誤っている。何故かなれば、それはまさに評価に他ならないからである。

その意味で、医師の治療行為も構成要件に該当するというべきであり、通常のばあいは社会的相当行為として構成要件該当性を阻却すると考えてはならない。構成要件に該当しないと考える理由は、患者の承諾があるということに

求むべきである。

こうして、犯罪類型は、違法行為として論理的のみならず発生論的にもいわゆる構成要件の前に存し、構成要件はその犯罪類型を一定の可罰評価に基いて輪郭づけるためのものである。メツガーや平場教授の「行為構成要件」あるいは「可罰行為構成要件」は、ベーリンクの「犯罪類型」とは違い、むしろそれと並ぶ別の概念のごとく考えられているようだが、むしろベーリンクの「犯罪類型」に近いのではないだろうか。だがベーリンクの類型説 (Typentheorie) ^(a) に対しては、小野博士は、類型と構成要件との二つの概念の間にある性質の差異を明らかにしない混乱があると批判されているが、^(七)これは要するに両者の関係がたんに観念的抽象的にとどまったということによるのであろう。その意味でも類型は社会的現実の中に存することを再び強調しなくてはならない。ところで、その小野博士は、類型は社会学的原質に関する概念であり、構成要件は本来社会生活における経験的事実の類型に外ならないことを認め、それがまた刑罰法規の解釈においても意義を有することを承認されている。だが反面、類型というごとき「社会観念又は社会学的概念がそのまま法律的乃至法律学的概念であるといふわけには行かない。斯くて法律上特殊的に構成された法律上の概念によって一定の法律効果を生ずる原由たらしめたもの」が構成要件だとされている。^(八)可罰評価を通して構成要件が生れそれ故構成要件は法上の概念だといわれる点は正しい。メツガーや平場教授は構成要件の存在論的構造を強調する余りその点自覚が十分でないように思われる。このばあい社会学的概念たる類型は、「法律の独自の理念及び目的によって着色され、制約を受ける」わけだ、だがしかし、この社会的実体を歪めてでも構成要件を規定できるものではないことをはっきり意識しておかなくてはならない。もしそうでないと構成要件は違法有責な行為を創設することになるが、しかし、われわれは、構成要件の機能は既に存在する違法行為を可罰的観点からたんに確認し、これを刑罰法規の形で規整するにすぎないと解するのである。違法行為の実体は現実社会の中にはじめから存在

する。

構成要件に関するこのような理解が、違法性の本質をどうとらえるかということにもつながるのである。ひきつづき、違法性の本質に論及しなくてはならない順序となった。

(一) 団藤・刑法綱要総論・昭三二年七九頁参照。

(二) Vgl. Dreher, Die erschwerenden Umstände im Strafrecht, StRW. Bd. 77, S. 220ff., insb., S. 225. ドレーヘルは「法典に構成要件実現を記述すること、それ故謀殺・窃盗あるいは強姦を記述することは、他の機能とならんで、第一に、いかなる行為を謀殺等として処罰すべきであるか、そしてまたいつその行為は可罰行為として法的に既逐となるか、ということ明らかにする任務を有していることから出発すべきである。その際第一に可罰的かどうかの問題となるのである。いかに可罰的であるかは問題とはならない。この目的のため、立法者は、行為の記述において、予備にはじまり最後の結果が生じて終わるいわば歴史的な全生起の中から、行為の主たる部分および中間的部分をその直接の結果とともに切りとるのである。しかし、行為に対する国家の反応を規定する際には、とくに、刑の量定の際には、このような制限があっては狭すぎる。そこで裁判官は、構成要件実現の中で頂点に達する全生起を評価できなくてはならない。それ故、また、時間的に構成要件実現の前にある事情あるいはその後の事情をも参考にすることが許されなくてはならない。行為の不法性そしてまた責任性は、純粹な構成要件実現性をはるかに超えるものである」といっているが (S. 225)、構成要件の本質を考えるに際して参考になるものがある。

(三) メツガーにとっては、「構成要件」というそれじたい独立した名詞的なものではないのであって、構成要件、責任ということく、「技術的（附加語的）性質をもった意味に満ちた補助手段」(höchst sinnreiches Hilfsmittel Technischer attributiver Art) にすぎなかった (Mezger, Leip. Komm. 8. Aufl., S. 9)。メツガーが構成要件を独立したものと考えないところは賛成だが、「行為構成要件」というばあい、その行為は、メツガーによれば、存在論的な概念であり一つの現実 (Wirklichkeit) であって、それ故、そのばあいの構成要件は、多様な構成要素—故意をもふくめて行為の属性たる主観客観の諸要素—からなる行為の存在論的な全構成の記述である (Mezger, a. a. O.)。そこで、その内実は、存在論的

な行為に本籍があるといつても、構成要件じたい「行為構成要件」として内実のあるものとなる。ここが、構成要件をたんなる指導形象的な機能概念と解するわれわれの立場とは違ってくるように思われる (Vgl. Mezger, a. a. O., 7. Aufl., S. 286. 8. Aufl., S. 320)。同じがまた、われわれの見解が平場教授のそれとも違ふところのように思われる。

(四) Mezger, Tatbestandsmäßigkeit (a. a. O., 7. Aufl., S. 284ff., 8. Aufl., S. 320ff.)

(五) Mezger, a. a. O., 7. Aufl. S. 287; 8. Aufl., S. 321.

(六) 平場・前掲二二五頁。

(七) 小野・構成要件の修正形式としての未遂犯及び共犯 (犯罪構成要件の理論・昭二八年所載) 二五九頁。なお、同・構成要件充足の理論 (同所載) 二〇四頁以下、二〇七頁以下にも同旨の批判がみられる。

(八) 小野・前掲二五九頁参照。

二 違法論の機能

一 いわゆるメツガーの「行為構成要件」は、構成要件を存在論的に把握しようとしたところに、その功績があったが、しかし、メツガーの「行為構成要件」は、まさにそのように存在論的に理解された行為構成要件であるため、たんなる機能概念ではなく、実体概念たらざるを得ないところに、わたくしとしては異論の残るものである。そうした批判は、平場教授のいわゆる「可罰的行為類型」に対してもいわれ得るように思う。何故、そうした違いが出てきたかという点は、これを憶測するのに、結局、違法論の果す機能に関する見解の差異に由来しているものではないだろうか。

通説における違法論の機能は、専ら違法阻却事由の存否をたずねるためにのみあった。かりに、違法論の本質が検討されても、せいぜい超法規的違法阻却事由なるものを発見しこれを説明するための手段にすぎなく、違法論にはそ

れ以上の積極的な役割は期待されようとはしていない。

たとえば、さきに引用した不真正不作為犯でこれを見ても、せっかく保証人的地位（*Garrantenstellung*）ということを行いながらも、実のところこの保証人的地位もいわゆる作為義務と別のものではなく、何か違法阻却事由があったらあいつについて、保証人的地位にあっても結局作為義務はなかったと説明するために、両者が区別されているかのように論じられているだけのことであった。^(二)しかし、前章において註記したごとく、保証人的地位にある者が必ずしも作為義務があるとは限らない。それに、この保証人的地位は、総じて特別な信頼関係（*spezielles Vertrauensverhältnis*）から生じるのであって、^(三)それ故、法規範と関係なく法規範によって義務づけられる前に現実生活の中に存在するものである。そのように保証人的地位を考えてこそ、一定の不作為を行為者に客観的に帰属せしめるには行為者が保証人的地位にあればそれで十分であり、それ以上に、命令法規範に基いて作為義務があったと説明する必要はなくなる。^(三)作為義務の問題は、むしろ、かくて構成要件を実現した不作為が、果して違法といわれるかどうかを確定する標準となるのであって、まさに違法論に属する問題である。構成要件を実現した不作為もそれ故作為義務に違反しなければ違法とはいえない。この意味において、違法論では、たんに消極的に違法阻却事由の有無を検討するだけでなく違法かどうか積極的な評価がなされるべきである。

同様の思考は過失犯の構造を考えるについても妥当する。かつて論じたこともあるが、^(四)客観的注意義務に違反した作為・不作為が過失犯の構成要件であり、客観的注意義務は構成要件に属するとする見解はかなり有力である。しかしわたくしはこれには賛成できない。この客観的注意義務は、構成要件に該当した行為について、その無価値判断の基準にすぎない。その前に、過失として構成要件に該当する行為がなくてはならない。そしてそれはまた、不真正不作為犯のばあいと同様に過失犯が存在論的構造をもつことを意味する。そうして過失犯の構成要件は、客観的に予見可

能な結果を惹起する虞れのある行為に敢えて出たところに存する。それが客観的注意義務に違反するかどうかは、まさに違法性の問題であって、違法論において検討すべきである。だから、過失犯においても、違法論は、たんに消極的に違法阻却事由の有無を検討するだけではなく、積極的な機能を果さなくてはならないこととなる。

このように、犯罪論において、違法論が大きな役割を果すべきだという例は、その他にも多い。一つ「故意と過失の限界」という問題でこれを検討してみよう。たしかに、故意は行為者による事実の認識だから主観的なものであるはずである。しかし、「故意と過失の限界」が問題となるのは、故意が主観的だからといって、主観的なものをもって両者を区別しようとするといまいで区別できないところにある。いわゆる認容説 (Einwilligungstheorie) は、なるほど故意の真髓についてはいるが、実際問題の処理にあたっては余り的確な標準を示し得ない理由もそこにある。これは「認容」という余りにも主観的なものを標準にするためではないだろうか。他面、過失の有無は客観的評価を基準にしているといつてよい。過失は不注意だといつても、過失の存否を問題にする際不注意という心理状態を直接探究しているのではなく、危険な状態における一定の作為、不作為に外から不注意というレッテルをはるだけのことである。

のみならず、そもそも、刑事責任なるものも、考えてみると、客観的評価という形をとっているのではないだろうか。非難可能性といい、そしてまた期待可能性といい、その限度は、通常人平均人を標準にして行為者の人格態度にみられる反規範性が通常人平均人のそれとの間にズレがみられるとき、その行為につき責任非難が肯定できるのだと考える。その限りでは、「汝なすべきが故になすことができる」といわれることも、「刑事」責任を問題とするところでは、あながち無茶なことではない。それにもかかわらず、責任の問題だからといって、行為者じしんを標準にしなければならぬと考えることは、刑事責任に倫理的な衣を装わせることになって正しくない^(五)。

もし、刑事責任の道義性、倫理性を強調する余り、期待可能性の標準として行為者を尺度にすれば、「すべてを理解することはすべてを許することである」という非難に甘んじなくてはならなくなり、或いはそうした刑法の軟弱化をさげようとして、その標準を厳格にするということになれば、口では行為者標準説を掲げていても、実は平均人標準説の意に他ならなくなる。^(六)このように、責任は客観的なものだというわれわれの発想方法は、ある意味では、社会的責任論のそれと相通じるものがあるが、ただわれわれは、社会的責任論のように唯たんに性格の危険性という事実的なものを対象とするのではなく、生きた自由なる人格——規範意識をもつという意味において——を対象とするところが異なるのである。生きた自由なる人格という規範的な層を対象とするが故に、刑事責任はまさに「責任の原理」である。しかし、刑事責任もある意味では客観的なものだというわけである。もともと刑事責任は、国家の制度である以上、倫理的な至上命題であるはずはなく、法秩序の維持という国家的目的のためにあり、それ故国家的目的いかんによって規整されるのであって、そこからもまた刑事責任の客観性ということとは理解されよう。そもそも刑事責任じたいがそうした客観的なものを標準にすべきだとすれば、「故意と過失の限界」を求める標準が客観的なものにおかれなくても不自然なこととはいえない。すなわち、結果発生の可能性を認識しつつ敢えて行為に出たばあい、その行為のおかれた危険性、あるいは行為者の目的や動機、行為の態様や結果の発生を防止するために現にとられた手段などを総合的に評価して、故意か過失かを外から判断することになる。たんに行為者が結果発生の可能性を否定したかどうか——すなわち結果の発生を認容したかどうか——というごとき、行為者の心理内容を標準とすべきではない。いいかえれば、一般的に言って、結果発生の可能性を否定したといわれ得るならいかに行為したかを尺度に、行為者の行為を評価して、故意か過失かを定めるべきことになる。^(七)行為者の行為を現実の事態に即して評価する限りでは、「故意と過失の限界」の問題は、違法論に属すべきことになりそうである。わたくしは、ここ一、二年そういう提唱をくり

返して来たが、この際大方の批判を乞いたいところである。

(一) 保証人的地位と作為義務を区別して考える者に、Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl., 1958, S. 479. がある。その理由は、作為義務を基礎づける事情を認識しながら作為義務がないと錯誤したばあいを禁止の錯誤として扱おうとしようためである (Maurach, a. a. O., S. 469, 471, 482)。錯誤についてはマウラッハと同じく禁止の錯誤と考える者に、Welzel, Strafrecht, S. 183f. なお、木村・犯罪論の新構造・昭四一年一四五頁以下参照。井上編・判例刑事法(上巻)昭四〇年三八頁以下参照。しかし、わたくしの提唱は、そういう錯誤論の取扱いという観点からだけのものではなく、不作為犯の存在論的構造をはっきりと示したためのものであることを強調しておきたい。

(二) 保証人的地位が、たとえ法規や危険な先行行為から生じようが、それらすべて、実体的には、特殊な信頼関係が基礎となっているとすべきである。

(三) 井上(祐)・前掲一八頁も、「先行行為によって生れた危険状態じたいが重要なのではなく、その事態をめぐる社会関係にこそ不作為の本体はある」とされている。しかしそうだからといって、「不真正不作為犯の違法性は結果無価値におかれることとなり、行為無価値(不作為じたい)は独自の意味をもたなくなる」とまではいえないのであって、「その事実をめぐる社会関係」に参加しているが故に、法規範によって禁じられた結果の惹起はその行為者に客観的に帰属せしめられるが、果してだからその不作為を違法とすべきかどうかは改めて評価されなくてはならない。やはり不作為じたいの無価値性は、「引受」けた者の結果の惹起はつねに違法だとみない限り、問題となるところである。昨今、行為無価値(Handlungsunwert)を強調する余り、結果無価値(Erfolgsunwert)の重要性が軽視される傾向にある中で、改めて結果無価値の意義を強調することは十分に意味があるが、しかし、そのため、行為無価値の機能を忘れると逆に問題が残るように思う。

(四) 井上・前掲過失犯の違法性四二頁以下。

(五) 「刑事責任と意思の自由」の問題についても、意思の自由——それも形而上学的な意味での——のないところには刑事責任は存しないと考えることも、そこに倫理的意味での責任が前提となっているのである。そうではなく、行為は行為者の反規範的人格要素の表現たるところに刑事責任が認められる(不破・井上・前掲書は古くからそういう主張であったし、最近

では、平野教授の「意思の自由と刑事責任」(刑法の基礎・昭四一年三頁以下所載)、「人格責任と行為責任」(同・三一頁以下所載)、「刑事責任について」(同・六一頁以下所載)も同旨のものである。そもそも、刑事責任というものが、国家制度である以上、責任としての非難もそれに即した意味をもたなくてはならないが、そういう意味をば足りるのであって、それ以上に、国家制度としての非難を「道義」によって粉飾する必要はない。このように国家制度としての非難とすることを前提とすると、すなわち、行為者の内面化された規範体系と通常人、平均人のそれとの間にギャップのあることを確定できれば責任は肯定される。いわゆる「禁令の錯誤」について過失があるばあいは故意であるという見解も、そういう理論に立たない限り、説明できない。というのは、自己の行為の禁じられていることを意識して行為に出たばあいと過失によってそれを意識できなくて許されたものとして行為に出たばあいとでは、倫理的には本質的な差があるはずだからである。にもかかわらず、道義的責任論に立ちながら両者の本質的な差異を簡単に無視する見解(たとえば、団藤・前掲総論二・三二頁以下)には疑問がある。「道義」的責任ではなく「刑法」上の責任を前提にしてこそこれは説明できる。

(六) 団藤・前掲書二四四頁参照。

(七) 藤木教授は、「犯罪事実の発生を認容して行為したというだけでは未だその行為が違法な故意行為であるというには足りず、犯罪事実発生^(一)の認容が行為の故意行為として予想された定型的な強さの違法性を根拠づけるに足るものであることを要するのである」(藤木・過失犯の考察(三)法協七四卷四二二頁以下、とくも四三一頁)と説明されているが、本文と同旨のものとしてよい。かつて、わたくしは、藤木教授の所説を批判して、かりに違法性の面で区別するにしても、「心理状態としての故意」が存するか否かが重要であると述べたことがあるが(井上・判例にあらわれた過失犯の理論・昭三四年三一〇頁)、その「心理状態としての故意」を問題とすることこそ再考を要すると考へるものであって、今はこれを改める。

Vgl. Armin Kaufmann, *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau*, StRW., Bd.70, Heft 1, 1958, S. 64f.

二 以上のごとく、違法論にもっと積極的な機能を認めるべきだという提唱は、たんに右のようなドグマティシユな検討からする結論というだけのものではない。というのはこうである。社会が複雑化するとともに、犯罪現象も単純なものから複雑な形へと変化して来た。行為環境も田園的なものから都市的なものへと移り変ったし、^(二)またその

中にあって行為する行為者の人格構造の解明もますます進んで来て、人間の価値体系、価値意識もお互いに矛盾対立を免れなくなった。そういう中において、構成要件じたいが明確一義的に立法の形をもって犯罪の実態を創設すると考えることそおかしなことである。それ故、構成要件を実体概念として理解してこれを可罰違法（或いは可罰違法有責類型）だとする見解も、その実体の本籍はこれを現実生活に求めなくてはならなかった。いわんや単に、形式的違法論をふりかざして、行為の違法性を結論するというわけにはいかない。実質的違法論の展開した所以のものもそこにあった。そうして、実定法の規定するところを超えて、超法規的違法阻却事由なるものが大方に意識されることとなったのである。超法規的違法阻却事由が十分に活用されれば、犯罪現象の複雑化流動化に答え得る結論を導き出すこともできただろう。しかし違法論においては、たんに阻却事由の有無が検討されれば足りるということだと、どうしても、法規的違法阻却事由の有無だけが検討され、しかも正当防衛や緊急避難に該当する犯罪というものがそうそうあるわけではないから、構成要件に該当したことをもって直ちに違法だと結論されてしまって、それ以上に、犯罪現象の複雑化流動化を考慮に入れて、その違法性を実質的に検討するというところまではいかないで終わってしまいかねない。それでは実質的違法の理論も有名無実なものになってしまう。

だから、むしろ、違法論においては、積極的に、実質的観点から、構成要件に該当する行為であっても違法かどうかを改めて正面から検討すべきことを要請すべきである。

もっとも、有力なる通説にとっては構成要件というものも実質的な内実をもった実体概念であるから、可罰違法という観点から実質的に検討して、構成要件該当性の有無が検討されるならば、われわれの期待するところと同じ結論に達することもできる。また事実そういう努力は払われていると云ってよい。しかし、結論は同じことになっても、そこに、発想方法の上で大きな違いがみられる。というのは、ここでは、国家の定立した刑罰法規に対する肯定的態

度がうかがえるのであって、刑罰法規と現実社会との間の価値体系の矛盾対立というのが不十分にしか意識されては
 いないからである。それが法実証主義（Rechtspositivismus）の論理である。そうして、そのためその批判的努力に
 も限度のあることを否定できない。そうではなく、価値体系において刑罰法規と現実社会との間に対立の存すること
 を卒直に認めて、それ故にこそ、違法論においては、正面から積極的に評価するという体系をとるべきである。^(三)その
 際、しかも価値概念は存在概念であることを忘れるべきではなく、違法評価は存在論的構造をもつべきことを銘記す
 べきである。そこに実質的違法論の本当の機能がある。ペーリンクは、実質的違法の観念をもって、立法者のプログ
 ラムにすぎないと批判したことであるが、^(四)そういう批判の中に、却って、法実証主義の限界がうかがわれるのであ
 った。現代こそ、法実証主義は捨てられなくてはならない。前章の構成要件の理論はまさにそのための伏線でもあつた
 わけである。蓋し、われわれのように構成要件はたんに機能概念にすぎないと理解すれば、構成要件を実現した行為
 もそれだけでは直ちに違法となるのではなく、まさに違法論において、果して違法かどうか積極的に評価される必
 要が出てくる。

しかも、犯罪行為は、社会的実態としての存在構造を有するのであつた。刑罰法規がいかに国家的観点からこれを
 可罰的に評価するといつても、その実態としての意義を勝手に歪めることはできない。それ故、違法論の働く基盤は
 この社会的現実の中にあるのであって、「実質」的違法という意義もそこにある。

ヴェルツェルは、メツガーの批判にもかかわらず、違法性（Rechtswidrigkeit）と不法（Unrecht）の区別を維持
 している。彼によれば、構成要件を実現した行為が法秩序と矛盾するとき、その行為は「違法」といわれ、違法性と
 は、それ故、構成要件を実現した行態のもつ性格づけであつて、賓辞だということになる。これに対し、「不法」と
 は違法な行態それじたいという意味において名詞である。そして興味あることは、不法は、それぞれの法領域におい

て、刑法上の特殊な「不法」が存在するが、「違法性」については、ある法領域で違法だと他の法領域においても違法となる、ということである。^(五) すなわち、「種々の法領域において規定された禁止の素材はすべて、それが実現されればあい、法秩序全体にわたって違法なのである」^(六)。違法性と不法とを区別しなければならぬことは確かに疑問ではある。しかし、そこには、ヴェルツェルの存在論的方法による思考が存することを否定できない。というのは、法秩序においては、はじめに一般的に違法な行為が存するのであって、それをそれぞれの法領域がそれぞれの観点から評価することによって、それぞれの法領域に特有の不法が存在するのである。そうした区別は認めざるを得ない。ここで重要なことは、違法な行為と考えられるものは存在論的構造を有するということであり、それ故、行為の違法性はその存在論的観点から評価すべき点にある。

(一) 藤木・可罰的違法性の理論・法協八九巻七、八合併号一〇七七頁も同旨。

(二) Ref. Sutherland-Cressey, *Principles of Criminology*, Chapt. 4, 46th, Ed., 1960.

(三) 井上(祐)・前掲二〇頁は、要するに、違法性の程度の問題は構成要件要素との関係で判断されるべきであり、例えば、「看守せる建造物というときには、看守のための人的物的設備の程度を標準として、また外国国章損壊罪にむける「損壊」「汚穢」もどの程度のものであったかなど、このように客体の程度、行為の程度によって可罰違法の程度が考えられるべきであり、直接違法性判断から違法性の程度を結論するのは無理だといわれるものようである。というのは、同助教教授によれば、「構成要件該当性の判断から区別された固有の違法判断において、果して量を附しうる結論が出てくるかどうかも問わねばならない」(井上(祐)・前掲一二頁)とされるためである。その所説は、違法論の領域にも量的判断はあるがそれはつねに構成要件該当性の判断の中でなされなければならないという意味のごとく思われる。傾聴に値する主張だが、しかし事は、量的な判断のばあいのみならず質的な判断のばあいだって同様だと考えるし、そして又、実際には、構成要件を実現した行為に即して違法判断がなされていることは疑いないから、その提唱もわたくしには当然のことのように思われる。藤

木教授の「可罰的違法性—構成要件該当性—違法性阻却」という犯罪論の新らしい体系的試みも、別にそうした通説に異を立てるつもりのもではなく、「時間的」には、構成要件を実現した現実の行為に即して可罰的違法性の程度を検討し、もし可罰的違法性が極めて低ければ、「論理的」にみて、構成要件該当性がないといいたいだけのことであるように解される。その限りでは、井上助教授の批判は当らない。のみならず井上助教授の提唱を正しく表現しようと思えば、違法性の判断は、厳密な意味での「構成要件」要素だけに關係させてなされるものではなく、それを実現した行為に即して判断される必要があるといふべきである。わたくしとしては、前章で述べたごとく、メツガー流の「不法類型」（Unrechts-Tatbestand）に賛成するものではないが、メツガーも違法性判断の尺度として「不法類型」が機能するように思われるので、井上助教授の見解を徹底させると、メツガー流の「不法類型」論に落ちつくことになりはしないだろうか。

(四) Beling, Die Lehre vom Verbrechen, S. 137.

(五) Welzel, Das neue Bild, S. 18.

(六) Ders. a. a. O., S. 19.

三 ヴェルツェルは、周知のごとく、結果不法 (Erfolgsunrecht) という概念を批判して、いわゆる行為不法 (Handlungsunrecht) の理論を展開した。^(二)そして、行為意思 (Handlungswille) ないし実現意思 (Verwirklichungswille) という極めて主観的なものを違法論の中にすえたのである。ところでわれわれは、ここに、違法性の本質を考察するにあつても、ヴェルツェルの存在論的方法が維持されていることをうかがい得るように思える。これまでの論述からも明らかのごとく、わたくしとしても、違法の本質は、これを存在論的方法の上に展開することを正しいと考えるものだが、しかし、必しもヴェルツェルの理論に全面的に従いうるものではない。というのは、ヴェルツェルにおいては、いわゆる結果不法ということが余りに軽視され、むしろ無視されているからである。結果不法という概念が、ヴェルツェルの違法論においていかに意義のないものとされているかは、過失犯の説明の中に典型的にあらわ

れている。ヴェルエルによれば、過失犯の違法性は、行為不法によって十分に説明され、「結果」はまさに「偶然的要素」(Zufallskomponente)^(二)にすぎず、それ故、結果は過失行為の刑法上重要な要素とはいえないことは彼の強い主張であった。^(三) いうなれば、それは一種の客観的処罰条件ともいうべきものだろうが、ヴェルツェル^(四)しん、過失犯の結果については、すでに行為不法によって十分に基礎づけられた不法の中から、たんに一つの選択をなすだけだということ述べているのであった。^(五) しかしこの見解には賛成できない。過失犯においても結果はその属性とみるべきだし、^(六) のみならず、結果不法ということは、違法論の出発ではなくてはならない。これはわたくしの再三にわたり提唱してきたことであった。ヴェルツェルが、結果不法を軽視したことは、行為意思ないし実現意思に違法評価の対象を求め、それを徹底的に貫こうとしたことに理由があったものと思われる。

それはまた法規範の構造とも関係しているのであるから、その点に一言ふれておこう。伝統的考えによれば、法規範はまず第一次的には評価規範とされているが、しかしヴェルツェルはこの評価規範の対象はつねに法服従者に義務の履行を要求するものであって、評価規範は人に向けられた態度規範(Verhaltensnorm)^(七) だということから出発する。ゾッレンたる規範は決定規範だとすれば、^(七) 行為者の意思決定が違法評価の対象とされ、実現意思が違法性の中に引上げられるも当然のことだった。そこに彼のいう「人的不法論」(personale Unrechtslehre)が展開した。

しかし、マイホーフアーは、同じく法規範の構造につき命令説に立脚しながらも、不法の人的中核を実現意思というがごとき主観的要素によっては構成せず、社会的(sozialpersonal)要素という客観的観点から構成したのであった。すなわち、こうしてマイホーフアーによれば、^(八) 客観的義務侵害(objektive Pflichtverletzung)の違法論において占める意義を強調し、この社会的義務を履行しないところに、すべての構成要件的不法の態度無価値が存するとした。そこで、法規範によって要求された義務を履行しなかったかどうかを問えば足りるのであって、それ以上に

ヴェルツェルのごとく行為者じしんが実際に何を意欲したかを問う必要はないということになる。ここに彼の所説の特徴がある。

マイホフアーがこのような見解を展開するに至った出発は、人間の存在論的層を *Alsein* における *Selbstsein* としてとらえ、⁽²⁾ それぞれにおいて、違法論と責任論を樹立しようとしたことにある。それ故、違法性は、社会的可能性を標準としつつ社会的義務の不履行の中にあるといわなくてはならなくなる。

違法とは、法秩序と行為との不調和だから、客観的であり社会的であることは、何人も争わないだろう。その意味では、マイホフアーは当然のことを述べたまでのことだが、唯その特徴とされる点は、マイホフアーが結果不法を批判して、違法性の本質をば、義務侵害ないし態度不法⁽¹⁰⁾ としてとらえたところにある。

たしかに、過失犯や不作為犯をみると、違法性の本質を義務侵害としてとらえなくてはならないことに異論はない。ヴェルツェルの人的違法の理論は、「実現意思」を違法評価の対象にするため、過失犯や不作為犯においてはその構成に行きづまり、それでマイホフアーの批判にされることとなつたわけである。のみならず、故意犯においても、一定の結果が行為者の義務侵害によって生じたといわなくてはならないのであって、それではじめて違法と評価されるに至る。義務侵害ということは、たんに法益衡量につきるものではない。一般に法益衡量といえ、たとえば自動車事故を例にとってみても、自動車による事故と交通文化の衡量というように、一定の行為による法益の侵害とまたその行為のもつ「客観的」意義が衡量されるにすぎないが、それでは十分ではなく、現に行為者じしんの追求しようとした目的やそのために執られた手段もまた重要な資料とされなくてはならず、結局、具体的な事情において人に要求されこれを義務つけた法的命令に矛盾したかどうかを確定することとなる。⁽¹¹⁾ こうして違法性の本質は、まさに行為不法にある。

ところで、マイホーファーの見解は、これを分析してみると、侵害された現実の結果と規範的な義務侵害から成り立っていることがうかがえる。存在論的な要素としては、マイホーファーの理論の中には、それ故たんに「結果」があるにすぎないのであって、マイホーファーにあっては、存在論的なものより義務侵害という規範的なものの方が強調され、違法論はそれを中心に展開されていることを指摘しておかなくてはならない。ところで、義務侵害ということは、さきにふれたように、行意者の現に有した目的によっても評価されなくてはならないし、更にまた、目的以外に動機などの情操主観的、行為者の要素をも考慮にいれなくてはならないというべきである。その限りでは実現意思という極めて主観的なものを強調したヴェルツェルは正しかった。そうした現実的な行態、あるいは現実の人格態度全体を違法評価の対象とするところに、違法論の存在論的構造が存するものと思われる。違法論とは、たんに抽象的な裸の行為によるそしてまた客観的に把握された「法益侵害」を問題とするのではなく、或いは専ら規範において統一された義務侵害というがごとき観念的構造のものにつきるのでない。まさに法益侵害を契機として法益を侵害した人格そのものにつき、その義務侵害性を確定することである。

ただヴェルツェルは、さきにも述べたごとく、存在論的構造を強調するの余り、「実現意思」を違法論の中心に引き上げ、その反面、結果不法や義務侵害性の意義を過少評価しこれを無視するに等しい結果とならざるを得なかったところに、批判を免れ得ないものがあつた。^(二二)しかし正しくはそうではない。違法論の中核はむしろ義務侵害性にある。そのためには、結果不法ということも無視できない。ただ、これまで、違法評価の対象をたんに「行為」として抽象的観念的にとらえたところに問題を残したのであって、この点は、ヴェルツェルの所説のごとく、十分に実体的に理解されなくてはならない。そこに、違法論の実体的展開がみられるのである。たしかに、違法という評価はある行態の義務侵害性にある。違法評価も、法秩序による「結果」のたんなる否定的無価値判断という以上に、命令規範を侵

害したという一種の「非難」である。ただその非難が人格態度そのものに向けられていて、それが行為者人格の内在的規範意識の層に関係づけられてはいないところで、責任非難（Schuldvorwurf）とは区別される。しかし、人格態度にあらわれた主観的、行為者的要素も、違法非難を規整するものとして、違法評価の対象となるものであり、むしろ違法という法秩序の否定的判断は、そうした行為者的要素をふくめた全人格態度が対象となるため、「非難」という形をとるといってもよい。

このように、義務侵害性ないし非難をもって違法性の本質をとらえると、ここに一つの問題が出て来る。もし、一般人、平均人を標準にしてその違法行為以外に他の適法行為を期待できないというばあい、期待可能性のないものとして責任を阻却するといわれているが、しかし実はそういう場合、態度の義務侵害性のないばあいとして違法性を阻却するのではないかという問題である。最近^{二四}は、わが国にもそういう学説がみられたし、わたくしは、古くから、こうした事例を違法性阻却のばあいとして扱って来た。蓋し、一般に適法行為を期待できないようなばあいには、義務侵害性がないといわなくてはならないからである。そうして、責任阻却を問題とするばあいは行為者標準説によってこれを律すると考えるわけである。

しかし現在わたくしの考えるところでは、違法性の本質を義務違反性に求めるにしても、この理論には疑問があるように思う。ここでいう義務違反性とは、行態じたいの義務違反性を意味するものであって、その行態に出るに至った動機形成の過程を評価しているのではない。しかるに、期待可能性における一般人標準説は、動機形成過程を評価の対象にとり上げているのである。それでは責任の問題でなくてはならない。しかも、さきに註記したごとく「刑事」責任を問題にする以上、「汝なすべきが故になすことがでさる」にいうことも、ある程度はこれを肯定しなくてはならないのであって、そこに責任の標準として一般人標準説をもって責任の原理たり得る所以のものがある。のみな

らず、わたくしとしては、動機形成過程さえも、^(一五)違法評価における実は主観的、行為者の要素の一つとしてとり上げべきだと考えているが——それができないわけではない——、そうなると一般人標準説は、行為者の規範意識の層が法秩序の要求に反することを確定する役割をもつこととなり、却って、わたくしの責任理論にも合致する。蓋し、刑事責任は、義務に違反した人格態度が非難されるべき行為者人格に裏打ちされる限りに於いて成立すると思われるからである。そうして非難されるべき行為者人格だったといえるかどうかにつき、一般人標準説が働くこととなる。それ故、一般には期待し得ない行為だったとしても、違法評価としてやはり義務違反性があるといふべきである。

- (一) 「結果不法」「行為不法」の対立については、Krauss, *Erfolgsunwert u. Handlungsunwert im Unrecht*, *StR-W.*, Bd. 76, 1964, S. 19ff.
- (二) Ders, a. a. O., S. 60.
- (三) Vgl., Welzel, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961, S. 20, *Das neue Bild*, S. 36.
- (四) Oehler, *Die erlaubte Gefährdung und die Fahrlässigkeit*, *Schmidt-Festschrift*, 1961, S. 241; Vgl., Welzel, *Fahrlässigkeit*, S. 20.
- (五) Welzel, *Das neue Bild*, VII, *Strafrecht*, S. 122, *Fahrlässigkeit*, S. 21.
- (六) 井上・過失犯の構造・昭三四年九九頁以下は、その趣旨を強調したものだ。
- (七) Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 1956, S. 28; *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, *Juristentag-Festschrift* Bd. 1, 1960, S. 422f.; Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, S. 75, 87, 102. なお、わたくしも古くから、法規範をもって命令規範と解すべきだといふ主張を掲げてきたのである。井上・違法と責任の関連・法律時報二二卷一一号六〇〇頁以下参照。
- (八) Maihofer, *Das Unrechtswortwurf*, *Rittler-Festschrift*, 1957, S. 163.
- (九) Ders, *Recht und Sein*, 1954, S. 122.

(10) Ders, Rittler-Festschrift, S. 142. 違法の本質を義務侵害としてとらえたのはよしとしても、結果不法を無視できなかったために、結局ヴェルツェル等の批判を受けたのである。Vgl, Krauss, a. a. O., S. 59.

(11) Armin Kaufmann, Normentheorie, S. 125ff., Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 19ff.; Engisch, Juristentag-Festschrift, Bd. 1, S. 414ff.

(12) Stratenwerth, Das rechtsrechtliche Problem der Natur der Sache, 1957, S. 13ff.

(13) 日沖・違法と責任・刑法講座二巻・昭三八年七頁以下、宮沢・過失犯と期待可能性・過失犯(1)昭四一年一一頁以下。

(14) 井上・刑法学総則・昭二六年一二四頁参照、井上・期待可能性・判例演習（刑法総論）昭三五年一三四頁以下。

(15) ヴェルツェルは、行為意思を違法評価の対象にし、責任評価では、動機形成過程をその中心において、主観的な対象を区別する。しかし、そううまく区別されるかどうかは疑問であって、違法論においてすでに行為意思をとり上げる限り、そこで動機形成過程も入りこみはしないかという疑問が残る（福田Ⅱ大塚訳・前掲・日本語版への序文参照）。

むすび

一 違法論の果す機能は、現在の通説の考えているものよりもっと大きいことがうかがえたのではないだろうか。これまで検討してきた事例においてだけではなく、或いは、中止未遂における刑の減輕免除の理由についても、或いはまた数罪の成立するばあい⁽¹⁾にこれを観念的競合とみるかどうかの問題を処理するばあいにも、違法論は大きい役割を果すように思う。しかも、違法とは人格態度に対する義務違反として、それ故責任を徴表しさえする。

たしかに違法とは、義務違反であり更にまた不法非難とよぶこともできるものだが、しかし、違法は法益の侵害にはじまることを軽視することはできない⁽²⁾。そして、これまでのところで一応明らかにしたように、その法益を侵害した人格態度を全体的に評価しなくてはならないところに、違法とはたんなる結果無価値につきるものではないものがあるわけである。それは、観念的に、法秩序による否定的判断ともいい得るが、しかし、たんに、法益を侵害した

行為に対する否定的判断という以上に、現実の行為を含んだ人格態度の全体を否定的に評価するものであって、それだからこそ、違法を不法「非難」とよんでおかしくないのである。しかも、評価の主体たる法秩序は命令規範によって成立していると解すると、当然のこととして、その評価の対象は、このような人格態度でなくてはならないし、またその評価したいは「非難」という形をとるべきこととなる。これがわたくしの主張したかったことである。

違法論において何故このように人格態度の全体を評価の対象としてとり上げるべきかという問題は、右にみたごとく一つには法秩序の構造との関係においてもっと哲学的に説明されなくてはならないことだが、のみならず次いで、責任の機能との関連において、犯罪者処遇という実証的な観点からも検討されなくてはならない。しかし、本稿では、すでに予定の紙数をはるかにこえることになってしまったので責任との関連の問題はここでは割愛し、別の機会に譲ずることにする。

最後に唯一言ふれておきたいことは、法の機能をその命令性において理解するため、刑法上の行為概念は規範的に限界づけられているのではないかということである。すなわち、刑法上の行為といわれ得るためには、規範的行為能力ないし違法行為能力を必要とするのではないだろうか。それは、人格的に行為支配の可能性を有することを意味する。^(三)そしていわゆる責任能力とは刑罰適応能力だと理解しておきたい。あるいは、このような提唱は甚だ奇異にきこえるかも知れないが、わたくしとしては年来の主張でもあったが故に、しかしそれだからまたもっと仔細な理由づけがあるだろうが、ただここでは結論だけを述べておいて、本稿の「むすび」に代えたいと思う。

(一) 「法益」理論についての文献としては、次のものをあげておこう。Nowakowski, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, StRW. Bd. 63, 1951, Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten, 1957.

(二) シュトラーター・テンヴェルトによれば、人間の行為の目的性は、人間を人格 (Person) としてみる一定の価値的観点の下に引き出される本質構造だと述べ (Stratenwerth, a. a. O., S. 13f.)、これに対しエンギッシュは人間の人格性も人間行為の目的性も直接に「事物の本性」に属し「価値的観点」ではないと批判している (Engisch, Zur Natur der Sache im Strafrecht, Festschrift für E. Schmidt, 1961, S. 99)。両者の主張はそれぞれに真理をもっているように思われるのであって、法秩序という価値的観点に立てば、人間の人格は事物の本性であり、そしてまた目的行為なるものは人格という価値的観点に立ってはじめて肯定できるのである。そこで、法秩序にとって人格は本質構造だといわなくてはならない。このことが、違法論や責任論に、「人格」を基礎としてこそ、理論的な統一を与え得るのである。

また、法秩序が、「人格」と「人格」の接触であることを認めるならば、「はしがき」ではそこまでふれなかったが、「被害者の承諾」についても、一つの結論を示唆する。というのは人間のつながりには偶然なものも多いが、「被害者の承諾」が問題となるところでは、理由や動機のあるつながりが前提になっているのであって、それ故、被害者を欺して承諾を得たばあいには、承諾が承諾として効力をもたないといふべきである。偽装心中が殺人といわれるのもそこに理由がある。これもまさに存在論的構造の一つではないだろうか。

(三) 竹田・行為概念の本質と行為性の限界・甲南法学七卷二号参照。同教授は、「規範的行為概念」なるものを提唱してこられたのであって、わたくしの立場からすればまことに傾聴に価するものがある。

二 論証不十分な小稿ではあるが、わたくしがこれまでに到達した犯罪論の体系を理論的に考えてみたものである。そしてその中に若干の方法論的なものを示しておいた。

濱田教授の還暦を祝して本稿を捧げ得ることを光榮に思うものである。