

## 刑法における行為概念の意味・機能

中村, 直美  
九州大学法学部助手

<https://doi.org/10.15017/1620>

---

出版情報：法政研究. 37 (3/4), pp.79-114, 1971-02-28. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

## 刑法における行為概念の意味・機能

中村 直美

は し が き

一、ヘーゲリアナーの行為論

二、自然主義的行為論

三、価値関係的方法に基づく行為論

四、ヴェルツェルの目的的行為論（存在論的方法に基づく行為論—その一—）

五、アルトゥール・カウフマンの人格的行為論（存在論的方法に基づく行為論—その二—）

六、社会的行為論

あ と が き

は し が き

犯罪は行為であるといわれ、今日その点で学説はほぼ一致しているといつてよからう。しかし、それは唯言葉の上でそうであるというに過ぎず、「行為」という言葉のもとで理解している内容は実に様々である。行為概念に刑法体

系における中心的地位を与えたといわれるヘーゲリアナー<sup>(1)</sup>以後のことを考えても、自然主義的行為論、目的的行為論、社会的行為論等々といった様々の見解があり、その対立は今日なおやんではない。又、犯罪が行為であるということを否定するわけではないが、犯罪論の体系における行為概念の独立の地位を否定する見解も有力であるし<sup>(2)</sup>又、そもそも統一的・一般的行為論の必要性・可能性さえが疑われている<sup>(3)</sup>。これら行為に関する議論が「どうかすると、何のために議論しているのかわからない状態におちいつているといえなくもない」と評価される原因はどこにあるのか。わたたくしはその原因の一端が分析哲学者達によって指摘されている「ことば」そのものについての反省の欠如にあるのではないかと考える。例えば「行為とは何か」と問う際に求められている解答が (一) 刑法学上の約束としてどのようなものを行為というのが妥当なのか (いわゆる規約的定義) という点に關してなのか、それともむしろ、われわれ人間行為一般がどのような本質構造をもつのかという点に (実質定義) 關してなのかあるいは又 (二) 行為の本質構造というが本質ということばによって何が意味されているのか、又 (三) そもそも「行為とは何か」と問う際の「行為ということばによってどの様な文脈 (ないし論議領域) における「行為」が意味されているのかというようなことについてあらかじめ明確にしておかなければ議論は空転せざるを得ない。(このような概念の分析を通じて法学上の問題に關して理論の混乱をある程度まで救おうとした例はすでにいくつも数えあげることができようがなかでも法の概念に對しての争いにおけるグランヴィル・ウイリアムズ<sup>(5)</sup>、因果關係論におけるH・L・A・ハート<sup>(6)</sup>、自由意思論におけるシュリック<sup>(7)</sup>などは有名であり、特に行為論の領域ではウルリッヒ・クルック<sup>(8)</sup>を看過することはできない。) 特にこの様な概念使用上の不明確さはヴェルツェルらの目的的行為論に向けられる。即ちヴェルツェルは「目的的行為構造は人間のすべての行為が示さなければならぬもの」<sup>(9)</sup>だといひ又、目的的行為論は「人間の行為の本質を捉えようとする一般的行為論なのだ」<sup>(10)</sup>と主張したが、刑法学上求められている「行為」の概念は一体その様な前法律的な概念なのか

という疑問が直ちに生ずる。<sup>(11)</sup>このことは社会的行為論が社会的重要性でもって刑法上の行為を決定しようとする方法についてもいえる。社会的に有意義な（ないし重要な）行為が何故、直ちに刑法上の行為になるのかという方法論上の問題については社会的行為論者によつては必ずしも厳密な反省がなされているとはいえない。<sup>(12)</sup>問題は、行為概念に関するのみでなく刑法学が求めている概念とはどのようなものかそしてその正しさはどのような様な基準によつてはかられるのかというごく一般的な方法論上の問題でもある。——その際、当然のことながら、概念構成の問題は刑法学の体系をどの様なものと考えるかということと密接に関係しているわけであるが。以下本稿では、このような概念構成と体系化という方法論上の問題に焦点をあてながら従来の行為論に関する論争（主として西ドイツにおいて展開されたもの）にわたくしなりの整理を与えてみようと思う。

(1) Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 6 A., 1872, s. 118, ベルナー以来行為概念が犯罪論体系の骨格（ないし基礎）としての地位を得ることになったことを指摘するものとして Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904, s. 96; Eckhart von Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriff von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, s. 69.

(2) このような立場を代表するのは小野清一郎博士である。博士は、行為を法律的・構成要件的评价以前のものとして考える立場を「裸の行為論」として批判された。（小野、犯罪構成要件の理論、五四頁）。刑法における行為は常に構成要件的に評価された行為だといわれるが、しかし、それは法実証主義的な考えとは異質である。博士の場合、刑法は根本的に倫理的なものとして扱えられ、しかも倫理とは「人倫生活の事理」「道義」でなければならぬとされるのだから（小野、前掲書、二〇頁、五五頁など）。犯罪論が構成要件から出発すべきことを刑法の体系についての反省にもとづいて主張したのはラートブルフである（Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenlehre, in Frank Festgabe, 1930, s. 158f）。最近シュミットホイザーはラートブルフの目的論的体系の思考を彼なりに徹底させて、行為でなく構成要件該当の法益侵害という概念の上に体系を築こうとした（Eberhard Schmidhäuser, Zur Systematik der Verbrechenlehre in Gedä-

chnisschrift für Gustav Radbruch, 1968, s. 268f.)。これらに先立ってエム・イー・マイヤーも構成要件出發説をとつた (M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2 A. 1923.)。わが国で構成要件から犯罪を説きおこすものとして、木村龍二、刑法総論 (法律学全集)、団藤重光、刑法網要総論、佐伯千仞、刑法総論 (昭和42)、不破武夫、井上正治、刑法総論、竹田直平、行為概念の構造、甲南法学五卷二・二合併号二四頁、大塚仁、行為論、刑法講座<sup>2</sup>、二頁、福田平、目的的行為論と犯罪理論、四二頁、大野平吉、共犯の從属性と独立性、三〇頁、平場安治、刑法における行為概念の研究、三二頁註五。しかしだからといってこの立場からは行為概念が常に規範的に構成されるといふことにはならない。存在論的行為を語つたヴェルツェルでさえ、犯罪論は構成要件から出發すると明言する。Vgl. Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystem, 1961, s. X. 福田、大塚訳、序文、七頁。

- (3) 行為でない犯罪を認めたものとしては Radbruch, Der Handlungsbegriff, s. 143; Frank, Strafgesetzbuch, 18A, ss 1, II, 2; M. E. Mayer, a. a. O., s. 110; Graf zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenlehre, 4, A. s. 14; 平場、前掲、七八頁。しかしこの立場にたちつたなお上位概念が求められる場合も多い。例えば「態度」(フランク、グラーフ・ツォー・ドーナ)、「人の人に対する関係」(平場教授)。ヴェルツェルも存在論的には不作為は行為ではないが目的活動的意思によって支配可能な人間の態度を上位概念としてみとめる。Welzel, Das deutsche strafrecht, 11. A., s. 200. 統一的、一般的行為論 (の重要性) に正面から疑問を出したのは、Bubnoff, a. a. O., s. 154; Schmidhäuser, a. a. O., s. 278; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 13. A., s. 20; Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, Zstw. 74, s. 515f 以下。

- (4) 平野龍一、刑法の基礎<sup>⑤</sup>、法学セミナー一二五 (一九六六) 三〇頁。米田泰邦、法概念としての行為、犯罪と刑罰 (佐伯博士還暦祝賀) 一九七頁もこの平野教授の言葉を引用しつつ、「何のために行為を論ずるのかについて改めて反省する必要がある」といふ。

- (5) A. G. Williams, The Controversy Concerning the Word Law, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, XXXVIII 冊 1, 1949.
- (6) Hart and Honore, Causation in the Law.
- (7) A. M. Schlick, When is a Man Responsible, Problems of Ethics. 1939, in Edwards and Pap, A Modern Introduc-

- tion to Philosophy. これについては、平野竜一、意思の自由と刑事責任、自由の法理（尾高教授追悼論文集）昭和三八年一三六—一三七頁参照。……
- (8) Ulrich Klug, Der Handlungsbegriff des Finalismus als methodologisches Problem, Philosophie und Recht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Carl August Enge, 1960, s. 33ff.
- (9) Welzel, Von Bleibenden und vom Vergänglichem in in der Strafrechtswissenschaft, 1964. 金沢文雄訳、法経論叢、一五卷五・六号九七頁以下。
- (10) Welzel, finale Handlungslehre. 大野平吉訳、刑法雑誌、一五卷一号、一〇—一一頁。もともと一方でヴェルツェルは目的的行為論が「あらゆる生活領域に妥当し、遺漏のない行為概念を定義するような野心はもたず、唯、法秩序がそれに価値的屬性を結びつける（前法的）実体を発見することで満足するものなのだ」とかなりひかえ目な発言もしている（Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. A, s. 42）。すでに目的的行為論が人間行為の本質を捉えようとする一般的行為論であるということに対しては疑問が出されている。大野平吉、目的的行為論の基礎の検討(2)、熊本法学、八号、四九頁参照。なお平場安治、刑法における行為概念の研究、二五頁、二四頁参照。
- (11) 米田、前掲、一九八頁は「行為の存在論的構造がどのようなものか確かめる余裕も興味もない」といい、真向からこの様な問題のたて方に反対された。牧野英一、日本刑法全（昭和七年）一一〇頁、はすでに明確に学問上の便宜としての行為概念をうち出している。
- (12) 同じ様な批判をするものとして、宮沢浩一、社会的行為論—学説史的にみて—、総合法学、五卷一—二号、一九六二年、三五頁。
- (13) わが国における行為論の文献としては前出のものほか、木村亀二、刑法における目的的行為論—その意義と価値、季刊法律学一四号、滝川幸辰、目的的行為概念、法学新報、六六卷、五号、中義勝、刑法における行為の概念、刑法雑誌四卷四号、吉田常次郎、行為論、法学新報、七二卷、一一、一二号、大野平吉、教唆の未遂(二)、刑法雑誌一〇卷一号、同、目的的行為論の検討(1)、刑法雑誌一六卷一号、同、目的的行為論の方法論の検討、法哲学年報、一九六八年、内藤謙、目的的行為論の法思想的考察、刑法雑誌九卷一号、二号、米田泰邦、刑法的行為概念の条件—社会的行為論への道、司法研修所創立一五周年記念論文集、下巻。同、刑法における行為概念の実践的意義—社会的行為論のために—司法研修所創立二〇周年記念論文集三卷等。

## 一 ヘーゲリアナーの行為論

犯罪の当然の前提として行為が語られているときには、行為には何らの体系上の地位も与えられてはいなかった。行為概念にはっきりした体系的地位を与えたのはヘーゲリアナーであったといわれる。<sup>(14)</sup> 特に行為概念に犯罪論体系の骨格（ないし基礎）としての地位を与えたのはベルナーであった。<sup>(15)</sup> ヘーゲリアナーは Tat が Handlung であるという判断という意味での帰属 Zurechnung の問題の中で行為を語る点で共通していたがベルナーは帰属を意思と結果 Tat の間の関連に限定することにより（他のヘーゲリアナーの場合に行為が犯罪と同意語となる危険があったのに対し）かって犯罪について語られていたところのものが唯、主語としての行為に添加されるべき述語にすぎず、行為概念は「犯罪論の組成を規定する確固とした骨格でなければならぬ」と主張し得たのであった。即ちベルナーでは犯罪論は行為の理論と可罰性の理論に分けられ行為の属性としての違法性、可罰性が（刑罰への帰属としての）可罰性の理論の中で語られるという体系がとられる。ベルナーの行為論はこのように、以後、今日にまでいたる、体系の礎石としての行為—その属性（としての他の犯罪要素）—という体系的思考が明確にされたという意味で重要である。もっともベルナーの行為論は外界の出来事が意欲されるという判断としての帰属（形式的帰属）の中に当然心理的意味での故意責任が入り込んでいた<sup>(16)</sup>のであり過失の場合の説明に困窮することになった。ベルナーにおいてはこれが「概念の自己発展」により Tat の側面が意思の側面を越えている過失の場合をも含むべく拡張されて、より抽象的に、帰属（つまり行為が存在するという判断）は主観が客観化されること、客観が主観化されることというかたちでの判断によっていくとされたのであった。<sup>(17)</sup> しかし「概念の自己発展」といい、「主観の客観化」といい、そこで意味されていることは余りにも明瞭さを欠いていた。<sup>(18)</sup> 後に来る一般法学的思惟に基く自然主義的行為論は意思をその作

用力の面においてのみ把えることによりベルナー等ヘーゲリアナーにおける過失の行為概念への包摂を可能にした。

ラレンツはヘーゲリアナー流の体系を円環的な有機体 *organismus* とし一般法学的な体系をピラミッド状をなす形式論理的概念体系であると説明した。<sup>(19)</sup> たしかに“真なるもの”を“全体的なもの”として、しかもその全体を、矛盾をそれ自身のうちに含みかつそれを止揚していく具体的概念の運動、展開として説明しようとするヘーゲルの思弁的弁証法的体系は最も抽象的な概念を頂点とし最も具体的な概念を底辺とするような眺望のきく——そしてそれ故に素材の整理を容易にするような——体系とは異質である。意思が目的を措定し、目的達成のために手段（第一次的には人間の身体）に働きかけることによりその助けをかりて客体に向う。かかる運動の中で意思は Tat（つまり行為の熟した客観的結果）に媒介される……<sup>(20)</sup> このようなベルナーの行為論は明らかにヘーゲル哲学の弁証法的思考にそうしたものであり、思弁的形而上学的性格をぬけ出してはいない。<sup>(21)</sup> たしかに、すでにふれておいた様な違法性、可罰性を行為の屬性として語る様な体系は、むしろピラミッド型の体系に近いといえるがベルナーはこの様な体系を早くから変更し、先ず行為としての犯罪の諸前提（主体、客体、手段）の存在を確定し、次に違法な Tat が犯罪的意思の表示なのかどうかつまり犯罪行為が存在するかという判断として帰属を語る様になった。<sup>(22)</sup> このようなベルナーの体系は全体としての犯罪の實質を三つの構成部分に分析し、意思が中核的な位置をしめて、それが目的を措定し、手段に働きかけ、その助けをかりて客体に向うという運動の中でそれぞれの犯罪構成要素が有機的に結びつけられた体系として理解することができる。前述のラレンツの示唆に従えばこの様な体系こそがヘーゲリアナーらしい体系ということもできよう。それではこのようなヘーゲリアナーの行為論とその体系をどの様に評価しておくべきであろうか。かつて平場教授はヘーゲリアナーの行為概念は純粹な価値的行為概念だといわれた。<sup>(23)</sup> “価値的”という言葉の意味は必ずしも明らかではないが、刑法体系の中に（換言すれば法的領域の中に）取り込まれた行為概念という意味であれば、その通りである



う。ブブノフもそのことを指摘した。<sup>(24)</sup>ヘーゲリアナーの行為論は目標に向けての因果関係の支配操縦、意味内容に富んだ全体像としての行為を語る点でヴェルツェル等の目的的行為論と確かに似てはいる。<sup>(25)</sup>だが目的的行為論はヘーゲリアナーとは哲学的背景を異にしており、(ヴェルツェルは後に述べる様に哲学的にはむしろカントの存在論から出発した。) 刑法構成要件に先置せられた人間行為一般の構造を説く目的的行為論の存在論的方法と刑法体系内で行為を語るヘーゲリアナーとを同列に論ずるわけにはいくまい。唯、ヘーゲル及びその学派達は法の世界と倫理の世界を峻別せず最終的には法と倫理(人倫)は同一のものとなるとされたのであり、<sup>(26)</sup>刑法的行為は同時に倫理的行為でもあるとされる。<sup>(27)</sup>つまり、ヘーゲリアナーの行為概念はわたくしが後に主張するような刑法学上の約束(規約的定義)としてでなく、いわば哲学的真理認識の問題として、いわゆる実質定義として、主張されていると見てよからう。だが刑法学上の行為概念が(他の概念についても同様だが)あくまで刑法学(認識)目的に奉仕するものとしての技術的な概念であるという本稿の立場からはヘーゲリアナーの様なオルガニスムスの体系よりも一般法学的なピラミッド型体系の方が相対的に優れている様に思われる。その理由の第一点はまず一般的、抽象的な概念によって刑法上問題となる事象を選定し、更に特殊的、具体的な概念によって最終的に犯罪となるものを規定して行くという体系的方法は第一に、思考経済に合致するし、第二にこれと関連するが特にこの方法が客観的なものから主観的なものへ、認定の容易なものから困難なものへと探究をすすめるいわゆる訴訟法的思考<sup>(28)</sup>と結合される(このような結合は必ずしも論理必然的なものではないが)時には、単に人を処罰することによって人の法益を保護することだけでなく処罰の限界を明確にすることによって(刑罰権の行使を拘束することにより)人の法益を保護すること(人権擁護)をも目的としている刑法の体系(目的論的体系)にとつてはより一層望ましいものとなる。<sup>(29)</sup>(そして行為概念はこの様な方向に合致する様に構成されればよいのである。勿論、この様な言い方は一方では実定法上の行為という用語法を無視する

ものだという批判（メツガー的立場）と、他方では、人間行為の本質構造を無視したものだという批判（ヴェルツェル・アルトゥールカヴフマン的立場）を同時にあびることになる。これらの点についてはそれぞれの章のところで検討することにする。）理由の第二点は、ヘーゲリアナーが過失の場合の説明において、その帰属理論が思弁的形而上学的不明瞭さをまぬかれなかったという点である。自然主義行為論は次章に述べるように一般法学的思考と実証主義の結びつきの上で主張されたが、因果関係の概念や意思の概念が心理的—物理的に説明される（実証主義）ことにより、過失の場合をも行為に包摂することが可能となり、一般法学的なピラミッド型体系が行為概念を頂点にして構築されることができた。

そこで次章では自然主義的行為論の問題点を検討することにした。

- (13) Radbruch, a. a. O., s. 85. 平場、刑法における行為概念と行為論の地位、前掲書、五二頁。
- (14) Berner, hehrbuch des deutschen Strafrechts, 6A., 1872, s. 118. ; Vgl. Radbruch, a. a. O., s. 96, Bubnoff, a. a. O., s. 69.
- (15) Berner, a. a. O., s. 118.
- (16) もっとも責任阻却、却というかたちで単なる心理的責任とは異ったものが考えられてはいた。しかし、いずれにしても帰属からの責任の明確な分離はブブノフによればヘルシュナーをまたねばらないとされる。Bubnoff, a. a. O., s. s. 70—71. なおベルナー、ヘルシュナーの帰属と責任概念の関係については井上祐司、社会主義刑法における構成要件概念と近代刑法学との比較、季刊法律学二七号、一〇八—一〇九頁に詳しい。
- (17) Bener, Imputationslehre, s. 246, s. 237.
- (18) 平場教授は、主観の客観化という概念が主観のはたらきによって客観が形成されたという意味か主観の内容がそのまま、外化されたという意味なのか明瞭でないとき、これら両者不可分のものを意味するものとしても両者は概念上区別しなければならぬと指摘された。平場、刑法における行為概念と行為論の地位、前掲書、六〇頁。ヘーゲルの場合には故意

についての考慮が払われ、過失における困難がその限りで回避されていた。Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechts §117. 藤野渉、赤沢正敏訳（世界の名著「ヘーゲル」所収）三二八頁、なお宮沢浩一、ラートブルフの刑法論、法学研究、四巻八号一七頁参照。

- (19) Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft 2. A., s. s. 17—19.
- (20) Berner, Lehrb., 16. A., s. 112, 井上祐司前掲一〇八頁参照。
- (21) ヘーゲルの実在と認識の同視につき速水滉、論理学、一一七頁なお論理学と形而上学の同視につき Bertrand Russell, History of Westrn Philosophy, Vgl. Radbruch, a. a. o., s. 39. 市井三郎訳（下）二〇七頁以下。
- (22) Berner a. a. o., s. 65f. insbes. s. 112. Vgl. Bubnoff, a. a. o., s. 71—72.
- (23) 平場、前掲、六七頁。
- (24) Bubnoff, a. a. o., s. 155 なお内田文昭教授はこのようなヘーリアナー理解に疑問を出されているようである。（内田文昭、紹介、判例タイムズ、二二八号、六二頁参照。）
- (25) Vgl. Bubnoff, a. a. o., s. 155. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, in ZStW. 58, s. 503.; dens. Das neue Bild des Strafrechtssystem. (目的的行為論序説) 福田、大塚訳、日本語版への序文、二頁参照。又、ヘーゲリアナーの行為論は東独におけるレクシャスの弁証法的、史的唯物論の立場から主張された行為論ともかなり共通するものがある。（レクシャスは行為を「一定の作為もしくは不作為の形で意識された一定の目的に向っておこるところの客観的、外界にたいする人間の作用である」と定義した。John Lekschas, Die Lehre von der Handlung unter besonderer Berücksichtigung strafrechtlicher Probleme, 1953. 天野和夫監修、レクシャス研究会訳、立命館法学一九巻、七六頁。）この共通性は勿論、弁証法的思考という点での共通性として一応説明できよう。
- (26) 小野清一郎、法律思想史要説、一三三頁参照。
- (27) Hegel, a. a. o., §. 113 藤野、前掲三二五頁以下。なおこの点につき平場、前掲、五四頁参照。
- (28) 平野竜一、ベーリング、木村亀二編、刑法学入門所収、二二四頁。
- (29) それ故、この様な概念のピラミッドは単にロクシンのような「建築学的—美学的価値」を持つにとどまる（Roxin Zur Kritik der finalen Handlungslehre, in ZStW., 74, s. 517.）というわけではあるまいと思われる。

## 二 自然主義的行為論

ヘーゲリアナーの行為論を詳細に検討し、特に、ベルナー（特に改説前の）にみられた様な体系の礎石としての行為、行為の屬性としての違法性、可罰性というピラミッド型思考の萌芽を更に論理的におし進めたのはラートブルフ<sup>(30)</sup>であった。彼はベルナーの帰属理論の中から心理的意味での責任（意欲の内容）を行為論から追放することにより、行為を意思（Ⅱ因果性を起動する作用力においてのみ眺められた意思）と所為 Tat<sup>(31)</sup>そして両者間の因果関係（Ⅱ変化と変化を結びつけるという意味で現実的な原因—結果間の惹起関係として捉えられた因果関係）の三者から成り立つとした<sup>(31)</sup>。そして意思の内容面はもっぱら責任の問題であるというベーリングの考えに従った<sup>(32)</sup>。しかも周知のようにこの様な内容のものとして捉えられた行為は不作為を包摂し得ないものとされ、犯罪論の体系を上から下まで二つに分裂させた<sup>(34)</sup>。ラートブルフの行為論の詳しい内容についてはすでに、平場、下村、宮沢各教授の詳細な研究もあることとであり、重複をさけてここでは、ラートブルフによって主張された自然主義的行為論の背景をなした体系観と概念構成の方法を検討することにしよう。ラートブルフの行為論は一般法学的体系観と自然主義的（Ⅱ前法的）概念構成の上に成立っていた<sup>(35)</sup>。両者の結びつきはどの様にして行われたか。ラートブルフによれば法学の体系は最上位概念から最下位概念までの分類（Klassifikation）の体系（判断形式をとれば演繹 Deduktion の体系）であって、その頂点には単一の法概念がある（これを彼は主観的法Ⅱ権利、義務、法律関係のいずれかとする）とされ、この法概念は法律要件と法的効果の間の条件関係であり、犯罪論は主観的法を条件付けている法律要件（という意味での構成要件）の分類の問題であるということになる<sup>(36)</sup>。そしてそれは「構成要件」にふくまれている概念の分類を前提とする。ところで「構成要件」に含まれる概念（法的効果の場合も同じことであるが）即ち法的に重要な概念、*rechtlich*

relevanten Begriff の分類は、法学の領域でではなく、他の学問（補助科学）分野で予かじめ行われる<sup>(37)</sup>。もつとも複数の意味が考えられる時には、法感情を規準にして、その意味を入れたときに法命題（法規）が馬鹿げた意味を持たないと判定されるかどうかというかたちで選択される<sup>(38)</sup>。この様なラートブルフの考え方は自然主義的行為の把握に必ずしも論理必然的に結びつくものでないことはたしかである。即ち法感情を規準にして妥当な意味を選択するといふところに（補助科学分野において予かじめ分類されている概念の法学への導入の際に）新カント派的に「目的論的な加工」を加える余地は十分あったといわねばならない<sup>(39)</sup>（事実ラートブルフはすぐにその様な方法へと移っていった<sup>(40)</sup>）だが、当時のラートブルフは特に行為概念の場合に補助科学分野における概念の法学の体系への直接的な導入を自から許していたものと思われる。これを要するにラートブルフにおいては、法学の体系を形式的な概念分類の体系とみることにより、犯罪論体系の頂点に統一的な概念が要求され、法学の領域への前法的な概念の直接的な導入が行為概念を自然主義的なものにしたといつてよからう。だがこの両者の結合は完全な意味では成功しなかった。一般法学的立場では統一的な概念を要求しつつ、自然主義的な行為概念の把握では不作為を包摂し得ず体系は分裂せざるを得なかったが故である<sup>(41)</sup>。その点ベールリングの場合は、行為概念が徹底的に無内容のものとされることにより—即ち意思内容のみでなく、行為の結果、手段、種類、態様、客体、行為と結果の間の因果関係等も全て行為論から追放され—不作為をも包摂することを可能にした。即ち彼の場合いわば何らかの意思で何らかの態度（つまり身体の運動ないし抑止）が為されれば（一般法理論上の）行為は存在するとされたのであった<sup>(42)</sup>。この様な血の気のない幽霊 blutleeres Gespenst<sup>(43)</sup> としての行為は勿論、法的に意味付けられた行為概念とは程遠い。そうであればこそ、ベールリングは行為論にひかえめに、消極的機能（即ち、意思に基かない態度を最初から刑法的考察の外に追放すること—マイホーファーのいう限界機能（後述））を与えたにすぎない。むしろ彼においては法的考察としての犯罪論は構成要件からはじま

る。<sup>(44)</sup> ラートブルフの行為論はすでにみずからの前提に二重の意味で背いているといえよう。第一に彼の哲学的立場は論理徹底すれば、新カントの二元論であり、法的概念の法学的加工こそがふさわしい。第二に一般法学的体系観によれば、統一的上位概念が要求せられるのに、自然主義思考のために体系は作為―不作為に分裂しその要求を充たせなかった。それではベールリングはどうか。彼は内包を小にすれば外延が大となるという論理学の法則そのままに、行為概念を拡大した。しかし「意思に担われた」という要素を行為概念に求めたがために認識なき過失不作為に問題を残した。<sup>(45)</sup> 次に、ベールリングの場合すでに行為の体系的機能が意識されてはいるがそれはいわば偶然的な結果（つまり、はじめから刑法学上の目的にてらしてその様な機能を果すべく構成されたものではないという意味で）ではなかったか。第三に（一般に自然主義的行為論についていわれることだが特にベールリングの場合について）全く法的世界には無縁な形で規定される行為概念が刑法にとって、どれ程の意味を持つのかという疑問が出されよう。<sup>(46)</sup> この点については後で述べよう。

(38) Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, (Neuausgabe 1967, herausgegeben von Arthur Kaufmann) これについてはすでに平場安治教授と下村康正教授の詳細な研究がある。平場、刑法における行為概念と行為論の地位、小野博士還暦祝賀論文集、上、三三三頁以下、（刑法における行為概念の研究三七頁以下所収）、下村、ラートブルフの行為論、中央大学七〇周年記念論文集所収、一七一頁以下。なお最近のものとしては宮沢浩一、ラートブルフの刑法論、法学研究四一卷、八号、一頁以下においてもこの著書がとりあげられた。しかし、これらは皆、この著書の第二部（行為論）についての研究であり、第一部（法体系論）についてはまだわたくしの知る限りでは研究されていないように思われる。わたくしは昭和四十三年一月に九州大学に提出した修士學位論文「ラートブルフの行為論について」の中でラートブルフの行為論を彼の一般法体系論との結びつきにおいて理解しようとした。

- (31) Radbruch, a. a. O., s. 106, Vgl. Bubnoff, a. a. O., s. 136 平場、刑法における行為概念の研究六〇頁、下村、前掲、一八四頁。
- (32) 「行為が存在するということの確定のためには行為者が有意的に活動したかあるいは不活動にとどまったということの確定で足る。彼が何を意欲したかということは、この行為にはどうでもよいことである。意思の内容は唯、責任の問題に対して意義を帯びにすぎない。」Belting, Grundzüge des Strafrechts 9/Auflage, s. s. 20—21. Vgl. dens. Lehre vom Verbrechen, 1906, s. 17.
- (33) Radbruch, a. a. O., s. s. 130—131.
- (34) Radbruch, a. a. O., s. 143.
- (35) その際、特に一九世紀後半から二〇世紀初頭にかけての実証主義の役割を看過することはできない。それは概念解釈学的方向を補強する意味をもっていた。この点につき、千葉正士、法思想史要説、二一九頁参照。なお Vgl. Eberhard Schmidt Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, s. s. 356—357, Bubnoff, a. a. O., s. 134.
- (36) このようなラートブルフの一般法学的体系について詳しく述べたものとして Vgl. Baumgarten, Der Aufbau der Verbrechenlehre, 1913, s. s. 80—82.
- (37) Radbruch, a. a. O., s. 21—22.
- (38) Radbruch, a. a. O., s. 22.
- (39) 田中吉備彦、グスタフアラドブルッフの生涯と業績、法学志林、五一巻二号四六頁参照。
- (40) 例えば Radbruch, Rechtsphilosophie, 6A, 1963, s. 219ff. は次の様に述べている。「法的に意味のある概念については、法的概念構成は前科学的諸概念に依拠するものである。法学の素材は無形、不定形な所与ではなくて、前科学的でないし、少くとも前法律学外の諸前提によってあらかじめ形を与えられた現実である。法学は大部分第二段の概念作業であり、その概念を法律学外の予備作業に負うものである」と。(田中耕太郎訳、二七五頁。なお目的論的概念構成を語るものとして、Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie、山田晟訳、二〇四～二〇七頁。Ders., Einführung in die Rechtswissenschaft 11. A. s. s. 253—254 碧海純一訳二八九頁～二九〇頁。武藤文雄、刑法における概念の規範

的構成、五頁、七頁参照。

- (41) このようなラートブルフの方法は師であるリストから受け継いだものと推測される。その理由は第一にリストの哲学的背景は実証主義であり、そこにある自然科学的思考はむしろ（ラートブルフの場合と違い）論理必然的に自然主義的行為概念に結びつく。第二にリストも一般法学的概念体系を重視していた。（Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Band 1, s. 239. Vgl. E. Schmidt, a. a. O., s. 383）第三に不作為の行為性への疑問はすでにリストにおいてみられる。即ち彼においても不作為の因果性は唯「思考形式」としての因果性であり、作為の現実的な因果性とは異なるものとして意識されていた。（Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* 4A, s. 140 Ders. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* Band 1, s. 240 Vgl. H. H. Jescheck, *Der Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung in Eb. Schmidt-Festschrift*, 1961, s. 144（藤尾彰、紹介、法学論叢、七二巻、一、七二頁参照。更に Vgl. Bubnoff, a. a. O., s. 142））リストはしかしラートブルフのように体系を分裂させず広義の行為を語るにとどめた。ラートブルフはこの様な意味でリストの思考を受け継ぎかつ徹底したといえよう。

- (42) *Beling, Lehre vom Verbrechen*, s. 11, s. 16 勿論、批判もあった。特にグラーフ・ツォー・ドーナはラートブルフと同じ立場に立って不作為は行為の、不作為であると強調した。Graf zu Dohna, *zur Systematik der Verbrechenlehre*, ZStW. XXVII, s. s. 332—333,（今日なおこの様なラートブルフ流の見解は根強い。例えば Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11A, s. 200; 平場前掲八〇〜八一頁）だが議論はかならずしもかみ合っていない様に思える。即ち期待された作為をしないということが不作為の本質だとしても、要するにそれは不作為による犯罪というためにはその様な関係が重要だといふのであり、しかるにベールリングは決して不作為として不作為を語ったわけではない。もし議論が共に前法的領域で行われるのであればむしろベールリングが正しい（Vgl. Hartwig Plate, *Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker*, 1966, s. 37, Anm. 66.）われわれの日常用語法は態度ということでは積極的動作だけでなく「身がまえ」「なりふり」「ありさま」を意味し（上田万年博士他、大字典「態度」の項参照）それが人の静止している状態をも含意することはあきらかである。又何を「作為」といい「不作為」というかは日常用語法としては全く相対的なものである。例えば「遊んでいて」（作為）も何もしていない（不作為）といわれ、人の前にじっと何もしないで（不作為）も邪魔をする（作為）といわれ得る。ベールリングの主語はその様な態度がともかく何らかの意思に基いていればそれを行為というとして定義し



たとえれば理解しやすい。

- (43) Beling, Lehre vom Verbrechen, s. 17.
- (44) Vgl. Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenslehre in Frank-Festgabe, 1930, s. 162 しかもベーリングにおいては目的論的方法がとられており (Plate, a. a. O., s. 24) ただ、構成要件該当性、違法性、責任性等を行為の属性として語る (Beling, Grundzüge des Strafrechts, 10A., s. 14) ところになお、一般法学的ピラミッド型体系の残滓がある。
- Vgl. Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenslehre, a. a. O., s. 162.
- (45) Vgl. Maihofer, Der Handlungsbegriff im Verrechtssystem s. 21—s. 22.
- (46) 例えは Jescheck, a. a. O., s. 143.; E. Schmidt, Soziale Handlungslehre, Englisch-Festschrift, s. 342.; Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenslehre, a. a. O., s. s. 161—162. なお宮沢、前掲、一三三頁。

### 三 価値関係的方法に基く行為論

自然主義的行為論はその二つの基盤が共に疑われねばならない。一般法学的な概念の論理的—分類の体系は確かに一、眺望がきく 二、知識の整理に役立つ 三、素材の支配を容易にする等の意味でヘーゲリアナーの体系よりも優れているといえようがそれ自体なお不十分である。特に応用科学的性格をもつ (刑) 法学にとってはその体系化と概念構成が「何のために」行われるのかという(49)ことを十分認識しておかなければなるまい。「ことば」として共通だからということ(50)で前法的概念(日常用語であれ法学外の科学的概念であれ)を法的領域に直接に持ち込むことは妥当ではない。常に法ないし法学の目的にてらして概念構成がなされねばならない。それ故、自然主義的概念把握も克服されねばならない。

この様な目的論的体系への転換の必要を強調しその立場から行為論の問題を見直したのは、ほかならぬラートブルフ自身であった。「彼は犯罪論の体系について」と題する論文<sup>(51)</sup>において自からが先に述べた行為論で展開した様な思考論理の体系のほかに事物を形式と素材に分かつ事物の論理の体系 sachlogische Systematik (以上、範疇論的体系) 更に目的—手段の秩序としての目的論的体系 teleologische Systematik 最後に以上の様な (学問上の) 体系を教える際にその理解を容易にせんが為に変形させた教授上の体系 didaktische Systematik というものが考えられるとした。<sup>(52)</sup>そして範疇論的体系は行為から犯罪論をはじめることになるがそこで語られるような前法的、前刑法的つまり自然主義的行為概念は刑法体系の礎石ともなれないし構成要件該当性、違法性、責任性といった犯罪要素の担い手たり得ないとし例としてしばしば引用される侮辱行為の自然主義的把握のいかに不相当かを示した。<sup>(53)</sup>かくして彼は構成要件実現からはじまる目的論的体系の方を選んだ。<sup>(54)</sup>だが目的論的体系は構成要件からの犯罪論体系の出発を論理必然的に要求するものであろうか。たしかに個々の構成要件にかかげられた各種行為があればこそそれらに共通する抽象された行為を語ることもできる。この意味で構成要件は行為論の発生源である。だがだからといって構成要件的に意味づけられた行為（「窃取スル」「殺ス」「傷害スル」等々、法的に意味づけられた行為）を検討する前にそれらに共通するものを行為として語ることは常に無用になるわけではあるまい（これを構成要件論に属するというかそれとは独立の行為論に属するというかは、用語法上の問題である）。唯、それが論理的に可能というだけでなく特に客観的に認定が容易であるようなものとして構成された行為概念はすでに述べた思考経済—訴訟法的思考の観点からも有用であろう。それ故、行為論が体系的にも全く意味がないのかどうかは、どのように行為概念が構成され、それが構成要件該当性などの様な関係に立つのかということによって決まるのではあるまいか。

メツガー<sup>(55)</sup>はラートブルフと同じく目的論的（＝価値関係的）方法<sup>(56)</sup>を用いながら上位概念としての行為概念を捨てな

かった。もつともラトブルフのいう構成要件出発説にことさら異をとなえたわけではない。彼の行為概念は唯、構成要件該当行為からの論理的抽象として得られているにすぎない<sup>(57)</sup>。しかも、それは行為概念が犯罪論体系の中で果す機能<sup>(58)</sup>を十分意識した上でのことであつた。この点は方法論的に正しい。しかし、彼の展開した行為概念の内容は必ずしも論理一貫した明瞭なものではなかつた<sup>(59)</sup>。ここでは以下の点を指摘しておこう。第一に彼の得た行為概念の内容は何らかの意味で意欲された人間の態度<sup>(60)</sup>であり、これはリスト<sup>(61)</sup>ベーリング流の行為概念と本質的に異なる。これに対しては特に認識なき過失不作為の包摂の問題が残る。第二に不作為の共通性を価値に関係している点に求めた<sup>(62)</sup>それらの上位概念である広義の行為(人の態度)には価値関係性は概念要素として入って来てはいない<sup>(62)</sup>。更にメツガーは不作為は厳密にいうと違法論に属するがラトブルフのいう教授上の体系として不作為をも行為論で語るのだという<sup>(63)</sup>。ラトブルフのいう教授上の体系は決して学問的体系として語られてはいない<sup>(64)</sup>。厳密に、い、え、ば、行為論においては<sup>(65)</sup>は作為不作為は結びつかないという趣旨なのか。これを要するにメツガーにおいては彼自身が行為論に課した機能を果しえたかどうか疑問なのである。メツガーはベーリング的にも徹底していないといえるのではあるまいか。

(47) Vgl. Larenz, a. a. O., s. 17

(48) 碧海純一、法と言語、六九頁。

(49) 体系化そのものは刑法学にとって自己目的でないことについて Thomas Würtenberger, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 1957, s. 51; 目的論的体系につき Radbruch, Zur Systematik der Verbrechens-

lehre, a. a. O., s. 160; Schmidhäuser, a. a. O., s. 276; 概念構成の問題につき世良晃志郎、法史学、現代法学の方法(現代法15) 一一二―一二九頁。井上茂、法哲学、(現代法15) 一五三頁、碧海、前掲、六七―六八頁、因果関係概念の構成につき、団藤、刑法綱要、総論、一二三頁。

(50) 法を日常言語で語る試み(米田泰邦、法概念としての行為、犯罪と刑罰(佐伯博士還暦(上)二〇六頁)は、刑法学の窠

- 念構成においてわれわれの日常の感覚に即して考える（この点につき西村克彦、法心理学的刑法観、六七頁、七四頁以下等参照）という点では勿論重要だが、日常用語法にそのまま従うという意味では適當ではない。日常用語法は余りにも不  
明晰であり流動的である。親らしい愛情をみせず子を自殺に追いやった親に対して人々が「その子を殺したのはその親  
だ」といったとしてもだからといって刑法的な意味で「殺した」ことにはならない。（ことばの不明晰さの問題につき詳  
しくは碧海、法と言語、七五頁以下参照。刑法学において求められているのは（相対的にはあるが）厳密な定義なので  
ある。その際基準とされるのは刑法ないし刑法学の目的的观点である。
- (51) Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenstheorie, 1930, s. 158f.
- (52) Radbruch, a. a. O., s. 158—s. 159.
- (53) Radbruch, a. a. O., s. 160, s. 161 曰く「例えば侮辱を喉頭の運動、音波の惹起、聴覚の刺戟、脳内での出来事とい  
表わしてみるとどうなるか、最も本質的なものつまり侮辱の言語的意味及び、社会的意義はかように構成された概念の全  
く外にとどまる」(s. 161) 其他いかなる構成要件をとりうとも行為ははじめから刑法構成要件に *ausformen* された社  
会生活上の出来事としてのみ把握される。かくて刑法の体系は構成要件実現からはじまるとされる (s. 162)。この点につ  
き宮沢、前掲、二三頁参照。
- (54) このようなラートブルフの行為論における改説はこの時がはじめてなのではない。すでに Radbruch, Rechtsidee und  
Rechtstoff, Archiv für Recht- und Wirtschaftsphilosophie Bd 17. (野田良之訳、著作集五卷七六一七七頁におこつ同  
じ論述がみられ (宮沢前掲一五頁二三頁参照) 更に体系観そのものの反省はすでに Radbruch, Literaturbericht (Rechts-  
philosophie) ZStW. 25, 1905, s. 256 にみられる (宮沢前掲二九—三〇頁参照) それ故彼は一九〇五年にはおそらく  
前年の行為論そのものをも捨てたものと推測できる。なお現在この様な方向をおしすすめて構成要件から出発する犯罪論  
を強調するものとして Schmidhäuser, a. a. O., s. 268f. だが、目的論的体系を徹底することは、果してシュミットホ  
イザーのいうように価値内容に富んだ構成要件を語ることに論理必然的に結びつくのであろうか。
- (55) メツガーの行為概念については下村教授の詳細な研究がある。下村、メツガーの行為論、法学新報六二卷一二号一頁以下。
- (56) 新カント派において価値関係的という時に「価値」が「目的」と同じ意味であることにつき、内藤謙、目的行為論の法思  
想史的考察(一)、刑法雑誌九卷一号八頁参照。もっともメツガーにおいては存在論的思考への転換もみられる。Vgl.

Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, ss. 7—8.

- (57) それゆえ、メツガーは自分の行為概念を徹底的に「実定法上の概念」(Mezger, *Die Handlung im Strafrecht*, in *Rittler-Festschrift*, 1957, s. 119)だとし、「価値的概念」(Ders., *Moderne Wege*, s. 12)であるとみる。
- (58) 刑法上の一切の現象をもれなく把握し、そうでないものを区別すること(思考経済)、他の犯罪要素に対して主語たる地位に立つことという二つの機能。
- (59) すでにこのことはしばしば指摘されてきた。竹田直平、行為概念と行為性の限界、法と経済二巻五号二七頁。福田平、目的的行為論と犯罪理論、四八頁註(7)。Werner Maihofer, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953, s. 16ff. insbes. s. 28 Anm. 89, H. H. Jescheck a. a. O., s. 146.
- (60) Mezger, *Moderne Wege*, s. 12.
- (61) Mezger, *Juristische Kurz-Lehrbücher*, *Stratrecht*, *Allgemeine Teil*, 7A, s. 61.
- (62) この点につき、竹田、行為概念と行為性の限界、法と経済二巻七〇〇頁、平場、前掲七九頁、福田、前掲四八頁註(7) 参照。
- (63) Mezger *Moderne Wege*, s. 16.
- (64) Radbrach, *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, a. a. O., s. 159.
- (65) 註(58) 参照。

#### 四 ヴェルツェルの目的的行為論(存在論的方法に基づく行為論——その一)

目的論的体系に基づく刑法学によってすでに違法において主観的なものが発見され(主観的違法要素)責任も単に行爲の主観面としてでなく規範的責任要素(非難可能性)もそこで語られる様になる中で目的的行為論は故意をも主観的違法要素とし、又、責任を規範的なものに純化することによって、この方向を徹底するものとして登場した。<sup>(66)</sup>だが

ヴェルツェルの目的的行為論は方法論的には根本的にこれと異なる。新カント学派においては認識が対象を規定すると考える（構成主義）のに対してヴェルツェルはカントに学びつつ認識方法がむしろ対象によって規定されることを強調する。<sup>(67)</sup> このことは行為論において法の世界に先置せられた行為の「恒常的な構造」、即ち目的的结构の主張となつてあらわれる。構成要件的行為は立法者が自由に定め得るとしても、それはあくまでも目的的结构をもった社会生活上の行為から一定の型の行為を選択したものにほかならない。立法者はその固有の構造そのものを変えることはできない。立法者をも拘束する「恒常的な構造が存在する」ということが目的的行為論の基本命題の一つである。<sup>(68)</sup> この理論の實踐的意味は処罰の存在論的諸前提を確定することによって立法者を拘束しかつ裁判官の価値判断を制限し法治国の要求に応ずることにあるといつてよからう。<sup>(69)</sup> このような考え方は立法者に対して先置された目的的结构なるものを否定し「立法者はその概念構成と規制において全く自由である」とするロクシン<sup>(70)</sup>の様な考えと真向から対立する。目的的行為論の提起した問題<sup>(72)</sup>は刑法学のすみずみまでわたるといつてよからうが本稿の問題関心からここでは次の点をのみ指摘しておこう。第一に仮に、行為の本質・構造を語ることが「刑法学上の行為」の問題に重要だとして果してそれが目的的行為、構造なのか。この点の検討は後で述べるアルトゥール・カウフマンの行為論のところで行うことしよう。第二に存在論的な構造法則が立法者や裁判官を拘束するという考えはロクシンにみる様な法実証主義的思考に対する鋭い批判を意味しているがそれに関連して次のことを指摘しておかねばなるまい。即ち、法実証主義が実定法の枠の中でのみ思考し実定法を拘束するような法に先置された当為を考えないとしても、その際その様な法が「正しい」とか「望ましい」とかいうような価値判断とは全く切り離されたものとして唯、現実に強制を加えて来るものとしての事実的な法（ある法）が語られているのであり、従つてまさにそれ故にこそ、実定法批判が完全に権利として留保されているともいえる。反対に立法者や裁判官が存在論的諸前提（事物論理構造）によって拘束されていることが

強調される場合にはそれが何を意味しているかが必ずしも明確でないが故にかえって実定法の「正しさ」がいつの間にか肯認されてしまいかねないという危険性がないとはいえない。<sup>(73)</sup> 更にそもそも法に先置された存在的領域に「永遠の真理」があり、それが立法者を規制するという主張はヴェルツェル自身がその故をもって従来の自然法論に加えた自然法的循環論法に陥る危険をもひめているといえる。<sup>(74)</sup> 第三に刑法学上の行為概念は刑法学の目的に奉仕すべく構成される技術的な概念であつて他の領域で「行為」ということばがどの様に使われるかということとは原理的には無関係である。<sup>(75)</sup> 行為概念の妥当性の規準は結局、刑法学の目的という観点、その体系の中で果すべく期待された機能、役割を構成された行為概念が実際に果し得るかどうかという点に求められる。そうであれば人間、行為一般の本質構造がどのようなものかということと刑法学上の行為概念との間には直接的な結びつきはないといわなくてはなるまい。

(勿論そうはいてもわれわれは概念構成において全く自由だというわけではない。前述の様な概念の妥当性という観点にも当然拘束されかつ前法的領域での用語法や法規の用語法を可能な限り尊重する必要がある。<sup>(76)</sup> 第四に、目的的行為論が体系の統一を要求しようとする限り、その点では自然主義的行為論以上に出るものではない。<sup>(77)</sup>)

(69) Vgl. Galas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen. (Sonderabdruck aus der ZStW. 67.) s. 5. なお目的的行為論の思想史的背景、方法論的基礎を検討したものは、内藤謙、目的的行為論の法思想史的考察、刑法雑誌九卷一号一頁以下、二号四九頁以下、大野平吉、目的的行為論の基礎の検討、熊本法学、七号、一頁以下、八号、四八頁以下。同、目的的行為論の方法論の検討、法哲学年報、一九六八年一七頁以下、同、目的的行為論の検討(一) 刑法雑誌、一六卷一号、二九頁以下のほか福田平編訳、目的的行為論の基礎及び同書一一一頁以下の文献にかかげられているものを参照。

(67) Welzel, Strafrecht und Philosophie 金沢文雄訳、福田平編訳、目的的行為論の基礎七七頁、大野、目的的行為論の基礎の検討(二)熊本法学、八号、五二頁参照。

- (68) Welzel, Vom Bleibenden und Vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft, 1964, 金沢文雄訳、広島大学、政経論叢、十五巻、五・六号、一〇〇頁。Vgl. Welzel, Kausalität und Handlung, ZStW. 51, s. 706f; dens., Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 1951, s. 197; 4A., s. 243—s. 244 大野、目的的行為論の基礎の検討(熊本法学、七号、一二三頁参照。
- (69) 大野、前掲、一二四頁参照。
- (70) Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW. 74, 1962, s. 523 und s. 524 この立場は法実証主義の立場を代表するとみてよからう。なおエム・エー・マイヤーが正犯と共犯の関係を徹底的に法の産物であるとするのも同じ考えであらう。M. E. Mayer, a. a. O., s. 390, s. 388.
- (71) ロクシンの前掲論文に対する反論としてヴェルツェルの Vom Bleibenden und Vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft は書かれたものである。この点につき金沢前掲、九二頁、一〇〇頁、参照。
- (72) そのような問題のうちで最も重要なものの一つは事物論理構造の問題である。ヴェルツェルにおいてはそれがどのような内容のものかは明らかでない。それを明らかにしようとしたのはシュトラーターテンヴェルト Das rechtstheoretische Problem der ‘Natur der Sache’, 1957 紹介、内藤謙、法学協会雑誌、七五巻三号一二五頁以下。) アルミン・カウフマン (Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959. これにふれたものとして金沢文雄、不作為の構造、政経論叢、一五巻一号五二頁参照) 中義勝(刑法学の方法、ジュリスト三三三号一三頁以下) 大野平吉(目的的行為論の基礎の検討(1)、熊本法学七号一頁以下特に三二頁、三三頁、同、目的的行為論の方法論の検討、法哲学年報、一九六八年三五頁)等がある。これらの研究によって明らかにされたことは存在論的考察による目的論的考察方法の克服というよりは、むしろ両者の融合架橋であったように思われる。一定の価値観点が与えられた時には事物存在世界に対する評価は一定のものとして客観性をもって来るといふことが事物論理構造の意味するところであるなら(中、前掲、一六頁、内藤、前掲、一二七頁—一二八頁。大野、前掲、熊本法学七号四七頁参照) 新カント学派の方法二元論との間に対立はないといってもよいのであるまいか。事物論理構造を果してこのように理解してもよいのかどうか疑問が残るが本稿では本文で引用しておいたヴェルツェルの言葉に忠実に従って議論を進めることにする。なお Vgl. Welzel, Macht und Recht, in Festschrift für Karl Gottfried Hugelmann, 1959, s. 833ff (金沢文雄訳、政経論叢、一六巻一号一〇—一一頁) ここではヴェルツェル



は人間を人格として承認するところに法自身の可能性の条件をみている。

- (73) この点につき法実証主義の抵抗性を指摘するものとして八木鉄男、悪法論と法実証主義、同志社法学九八頁以下、特に一〇〇—一〇一頁参照。もっとも同論文は法実証主義が法的安定性という価値に奉仕するという本来の性格をも指摘し、今日のように法の正当性と合法性が矛盾するときには、これを余りに強調すると結局「悪法にも従うべきである」ということになりかねないと警告する。同じく「事物論理構造」の強調が現状維持的態度と結びつく危険性を指摘するものとして矢崎光圀、自然法、一〇六頁、内藤謙、前掲、刑法雑誌九卷二号六二頁。

- (74) 例えばロクシンは存在論的概念から実際に実践的諸帰結が得られたとしてもそれは無意識の中に法内容をそこに投影したものをそこから引き出して来たが故にはかならぬという。又このような方法では具体的事実関係が見失われ議論を不毛でしかも危険なものにする主張した。(Roxin, a. a. O., s. 351) 同じくヴェルツェルのいう存在論的構造の「永遠の真理性」を批判するものとして Württenberger, a. a. O., s. 15; Arthur Kaufmann, Die ontologische Struktur der Handlung-Skizze einer personalen Handlungslehre, Festschrift für Hellmuth Meyer zum 70. Geburtstag, 1965 (同論文の詳細な紹介として上田健二、同志社法学一〇二号、一〇五頁以下参照。もっともこれは Schuld und Strafe, Studien zur Strafrechtsdogmatik, 1966 所載のものである); Karl Alfred Hall, Fahrlässigkeit im Vorsatz, s. 63; しかしカウフマンもハルも共に真理認識が相対的であることをいうのであり真理そのものの相対性を主張しているわけではないのだから、その点で果してヴェルツェルを批判できるのかは疑わしい。わたくしは根本的にはロクシンの考えに賛成であるが「法的意味内容に先置された概念によってはまさにその故をもって法的問題のどれ一つとして解決することはできないのだから、かような試み(存在論的に行爲論を基礎づける試み=筆者註)は原理的に見込がない」(Roxin, a. a. O., s. 530) といういい方は次のように補正しておく必要があると思われる。即ち規範の世界と事実の世界は論理的には隔絶されているかも知れないが因果的関係としての架橋が否定されるわけではあるまいと。この点に関し Vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie, s. 99 田中前掲訳、一一五頁、碧海、社会科学における認識の客観性についての一試論、法学協会雑誌八二卷、一号、六頁参照。そこにこそ目的論的思考と存在論的思考の接点がみられるべきではないか。

- (75) Vgl. Klaus Michaelowa, Der Begriff der strafwidrigen Handlung, s. 18—s. 20 (大野、紹介、判例タイムズ二四三三号、六六頁以下)

(76) 原理上自由な定義の問題において、實際上の拘束の内容を具体的に語るものとして碧海、法哲学概論、四二頁以下。これに  
 関連してこの様な拘束性を語る場合には、すでに名目的定義の原理的自由性はないことを指摘するものとして加藤新平、  
 法の概念規定についての若干の論理学的的方法論的考察、法哲学年報、一九六三年（上）四九頁。

(77) このことを指摘するものとして Gallas, a. a. O., s. s. 7-8; なおアルトゥール・カウフマン、目的主義的犯罪理論、  
 とくに過失を中心として（西原春夫訳、比較法学、二巻一〇号、一九〇頁）。木村静子、過失犯と不作為犯（日沖博士還  
 暦）過失犯(1)二一頁註12参照。

## 五 アルトゥール・カウフマンの人格的行為論

### （存在論的方法に基づく行為論——その二）

ヴェルツェルと同じく存在論的考察方法を基礎としながら、異ったかたちでの行為論を説くアルトゥール・カウフマンの所説をもわれわれは若干吟味しておく必要がある。カウフマンはラートブルフのような構成要件実現を出発点とする刑法の体系をも可能であると認めながら、なお構成要件実現も、結局一つの行為であるから、行為が何かを知らなければ構成要件該当の行為とは何かをも知り得ないとして行為（一般）の本質を問題とするのであった。<sup>(78)</sup> 彼は従来の行為論を因果的行為論、目的的行為論、徴表的行為論、社会的行為論という四つの典型に分ちそれぞれを批判した後、これらの基本類型は決して誤っているわけではなく唯、一面的にしか人間行為を把えていないとしそれは各々、物質 Materie 生命 Leben 心性 Seele 精神 Geist という四つの人間存在の構成要素に対応しているという。そして「従って行為論が人間行為の存在論的構造を包括的に正しく取り扱わんと欲するならばこれら四つの要素を適切に顧慮しなければならない。」<sup>(79)</sup> とした。カウフマンによれば「精神的自己意識及びそれから出て来る自己処理へ

の能力<sup>(80)</sup>つまり人格性こそが人間行為を他のものから特徴づけているのであり、それ故、単なる因果的出来事（例えば不可抗の力のもとで窓ガラスを壊すとき）あるいは植物と同様の次元で行なわれる反射運動（例えば睡眠中の人の刺激に対する反応）動物的次元で行われる夢遊病者の行動等はかかる人格性の客観化といえないが故に「行為」といえないとされる（人格的行為論）。更にカウフマンは潜在意識の層に大きな意味を認め目的性を余りにも狭く顕在的意識の層においてのみ把える目的的行為論を批判する<sup>(81)</sup>。即ち、「行為の性格にとって決定的なのは、因果的事象が意識的な意思によって現に支配された。ということではなく、支配可能であった、ということである。人間の行為の目的的要素は、それ故、主観的にはなく客観的に理解すべきである<sup>(82)</sup>」とされる。かくして人格的行為概念は「答責的な、したがって客観的に意味のある態度であって、その場合、発生した結果（つまり因果の成行）は意思によって支配可能であり、それ故その態度に帰せしめうるものである<sup>(83)</sup>」と定義される。ところで人間行為が潜在意識の層から規定を受けるものであることの主張はそれなりに正しいものであることを認めぬわけにはいくまいと思われるが、（それ故この点についての目的的行為論に対する批判はわれわれの主張を代弁するものとして認めることができる）しかし我々にとっては問題はむしろそれ以前のもの、即ち、ここでも存在論的行為の意味を確定することと刑法上の行為概念との関連である。方法論上、その関連は原理的必然性を持つてはいない（後述）。すでにふれておいたようにカウフマンにおいては「構成要件該当の行為」を知る為には「行為」一般を知ることが論理的前提となるとされているとみてよいと思われる。そこに一般的行為論の必要性が説かれるわけであった。すでにメツガーの統一的一般的行為論が、構成要件該当行為からの抽象によって行われることは前述した。カウフマン（ヴェルツェルの場合も同様であるが）は「行為」の概念をそのような抽象の方法によって獲得する方法を否定し、むしろ行為一般の「本質」を問うことないし「真の实体解明」を行為論の課題としていていると思われる<sup>(84)</sup>。もし、仮に存在論的に確定された「行為」

が、あらゆる行為の特質ないし本質を語るものであるならば、そして又刑法がそのようなものの中からその一部を刑法的行為として選び取って来たものであれば、刑法的という言葉の意味するところと共に行為一般の意味するところを探究することは、まさに刑法的行為の意味確定の為に不可欠とさえ言い得る。

だが、第一にこの仮定は成り立たない。すでに述べた様に刑法学上問題とされている行為の概念は刑法学がその目的のために独自に用いる技術的概念であって、一般に刑法学の外で「行為」という概念によって意味されていることは（少くとも原理的には）全く無関係といってよい。「構成要件該当の行為」といういい方の形容詞＋名詞という文法的構造にとらわれて行為概念が刑法構成要件と無関係に確定されねばならないとする主張は名詞が実体を形容詞が屬性をあらわすという古くからの誤まった考えからぬけ出していない様に思える<sup>(85)</sup>。第二に（人間行為の）本質とは一体何を意味するのか明瞭でない。「人間行為」すべてに共通している性質なのか、そうであれば論理的には抽象という方法によって得られる。しかしその際「人間行為」という概念の外延がはつきりしていない。それとも「人間行為」の典型的なものが求められているのか。だが典型性は決して全てに共通する性質ではない（「典型的日本人」は決して日本人全体がそうなのではない）。それ故人間行為のすべてを包括するものではない<sup>(86)</sup>。あるいは又「人間行為」の中に特に重要な性質をいうのか。だが、その場合、「重要な」というのは何にとつて（重要）なのか、一定の目的観点を導入しなければその判定はできないのではないか。そしてその目的観点とは結局、刑法学上の目的観点を意味することになりはしないか。

(78) カウフマンはラートブルフ自身の一九〇四年の行為論の論文から次の様な文章を引用して一般的行為論の必要を説くのである。「ある概念を完全に規定するためには種差 *differentia specifica* のほかに最近接類概念 *genus proximum* を必要とする、即ち、私は事前に行為一般つまり一般的な意味での行為を知らずに一定の行為、従つて又法的な行為の本質をも

把握することほじきなら。」(Radbruch, *Der Handlungsbegriff* s. 90) Arthur Kaufmann, a. a. O., s. 81 上田前掲書一〇七頁参照。Vgl. Ernst Amadeus Wolf, *Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*, 1964, s. 22.

(79) Arthur Kaufmann, a. a. O., s. 98 なお上田前掲書一一頁参照。

(80) Arthur Kaufmann, a. a. O., s. 101 但しそれはあくまで人間一般の潜在的資質の意味においてであり必ずしも現実に現存する必要はないとされる。それ故、未成年者や精神病者の行いも行為といえる。

(81) 批判はとくに目的的行為論の過失の説明についてきびしい。アルトゥール・カウフマン、目的主義的犯罪理論、西原訳、前掲書一八一頁以下参照。なお無意識の層にこそ、過失犯の本質的部分のあることを指摘しヴェルツェルを批判するものとして、団藤重光、過失犯と人格責任論、日沖博士還暦祝賀論文集、六九頁参照。なお大野平吉、過失犯の最近の理論(一) 熊本法学八号、二五頁—一一六頁。

(82) アルトゥール・カウフマン目的主義的犯罪理論、西原訳前掲書一九四頁。

(83) 同前一九五頁。なお H. Mayer *Vorbemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff*, *Festschrift für Hellmuth von Weber*, 1963, s. 137ff. このような定義の仕方は後に述べるようにいわゆる社会的行為論と異ならないといつてよい。しかしカウフマンによれば社会的行為論は正しく人間行為の特性を精神の次元にもとめたが、同時に人間が自然的存在でもあり従ってその行為においても精神的意味を担う有体的(自然的)側面を軽視するところに誤りがあるとされる。

Arthur Kaufmann a. a. O., s. 96—s. 98. なお上田前掲書、一一〇頁参照。

(84) これは、クルークが行為が何かという問題は娘をアンジュリカと名付けることについて両親が合意することと論理的には同じであるとする(即ちこれらは共に真理値をもたない定義問題である点で共通しているという)考えに真向から反対するものである。Vgl. Arthur Kaufmann, a. a. O., s. 81 und s. 84 特に s. 84 は次の様について。「一般的行為概念が刑法理論にとって無用のものかどうかということは、それ故、問題とはなりえない。無用でないことに疑いの余地はない。せいぜい、われわれが一般的行為概念を単に、黙示的に、程度の差はあれ、周知のこととして前提とするも差し支えないかそれとも明示的に明らかにし規定しておく必要があるのか……という問題であるにすぎない。」行為の本質について考えると、考えなければ「われわれは刑罰をも刑法をも知ることではできない。」何となれば刑罰は常に人間の行為に係るづけられるものであり、人間行為に対する反動であるが故である。「このような『行為』という現象をその本質によって明

確に問うことを断念するならば、勿論、刑法にとって全く基礎をなすことが問われぬまま残ることになる」と。だが、われわれの立場からは、むしろ、論述の仕方は逆になる。刑罰ないし刑法の（本質）を知ることなくわれわれは刑法上の行為概念がどのようなものであるべきかを知ることができないと。方法論的にはクルークが正しい。

(85) 勿論、かくいうためには多くの論証が必要である。主語と述語の問題につき沢田允茂、現代における哲学と論理、五九頁以下。Bertrand Russell, *My philosophical development* 1959 野田又夫訳バートランドラッセル著作集別巻一九八頁以下参照。

(86) 佐伯千仞、刑事裁判と人権、三九三頁は目的的行為論を人間行為の典型といわずに同様のことを指摘している。

## 六 社会的行為論

西ドイツにおいては社会的行為論はすでに最も多い賛同者を持つといわれている<sup>(87)</sup>。勿論社会的行為論といってもその説かれるところは必ずしも同一ではないのであり、ここでは社会的行為論の系譜を詳細にたどることが問題ではないのだからその一つ一つを取り上げて吟味することはしない<sup>(88)</sup>。ここでは、この理論の創始者といわれるエベルハルト・シュミットと方法論的な反省の上に立ってかなり徹底したかたちで社会的行為論を主張するマイホーファーを主として考察しよう。

シュミットはリストの教科書二六版<sup>(89)</sup>において行為を社会現象としてみる方向をうち出し有意的態度による社会的、外界の変更として行為をとらえた。その後「刑法における医師」<sup>(90)</sup>という著書等において、そして最近の論文「社会的行為論」<sup>(91)</sup>においてその主張は明確にされた。即ちその主張の骨旨は自然主義的行為論が主張したような「行為」は法的

評価にとってはどうでもよいことであり法的評価が結びつくのは人間の態度によって担われた態度の社会的意味、対してのみであるとするにある。それ故問われているのは社会的存在としての人間の行為の客観的社会的意味なのであり<sup>(92)</sup>、それこそが法的評価にとって基準となる<sup>(93)</sup>。(このような考え方はあきらかに改説後のラートブルフの見解と同じ線上にあるといえる。) しかもかかる社会的意味の把握は法的評価の対象となつている社会的事実に合理的に即応するというかたちで行われ、これを彼は「事物の本性<sup>(94)</sup>」であるとした。エンギッシュもほぼ同じ方向にあるが行為概念の内容がやや詳しく規定された<sup>(95)</sup>。マイホーフアーはシュミットやエンギッシュの行為概念になお見られる有意性 *Willkürlichkeit* という「自然的観察の残滓」を批判して、どのような規準がある、事象を刑法上の行為とするかを探究しようとした<sup>(96)</sup>。<sup>(97)</sup>マイホーフアーはまず、あらゆる行為論が主張の対立を越えて認めざるを得ない行為概念の根本機能が三つあるとした。一、犯罪体系の根本要素としての機能、二、犯罪体系の結合要素としての機能、三、犯罪体系の限界要素としての機能がこれである。一の機能は行為が主語としてその属性たる他の犯罪メルクマールを担う地位即ち現実関係性を要請し、それを彼はメッガーのいう「人間の態度<sup>(98)</sup>」であるとした。二の機能からは構成要件該当性(外部的結果をも含めて)、違法性、責任性等要素の行為概念への先取りが排除される。三の機能(つまり、刑法上の行為とそうでないものを区別する機能)を果すための規準は人の態度が(刑法上)保護するに値するとされている社会的財に向けられているという価値関係性だとされた。これらによってマイホーフアーの得た行為概念の定義は「行為<sup>(99)</sup>とは刑法的に保護された法益の侵害の惹起に向けられた人の態度である。より簡単にいうなら、行為とは社会的財の侵害の惹起に向けられた態度である」というものであった。後の論文(一九六一年)においては特にヴェルツェルのいう業績概念としての行為概念が強調された。即ち人は本能や衝動によってなげかけられた生の企投 *Lebensentwurf* を解決する知的、意欲的能力(行為の存在論的根拠)によって目的的計測や目的的操作を行うことができ

るのであり、又それによって為されたことはその人の所産であるとされ得る。即ちここに人の態度が自然的事象であることを超えて精神的契機において把えられることが可能になるとされた<sup>(100)</sup>。かくして知的能力にかかわる予見可能性、意的能力にかかわる支配可能性が行為概念の不可欠の規定要素として入り込むことになったものと思われる。ここでは行為は「客観的に予見可能、社会的結果に向けられた客観的に支配可能な態度である<sup>(101)</sup>」と定義される。

このような社会的行為論の問題点のいくつかを次に指摘しよう。先ず行為概念の正しさの規準を体系の中で行為概念の果す機能との関連において求めたマイホーフは方法論的に正しい。だが機能そのものの選択の過程にはなお問題があるように思える。第一に根本的要素としての機能は次のことから導き出される。即ち全ての体系的分析は一個の統一的概念から出発しなければならない。何故かならば、「過失的、残酷な、不法な、可罰的といったものはすべてわれわれが主語としての行為に付属せしめる述語として常に関係概念たる行為というものを論理的に前提としているから<sup>(102)</sup>」というのである。これはマイホーフのいう範疇論的論理の体系をとっていることを意味するものと考えられる。このように主語―述語(名詞―属性)という文法的関係から統一的概念を要求する背景には、「犯罪は…的行為<sup>(103)</sup>」であるという命題が前提とされているのであろう。しかしそのような前提はどこからでてくるのか。マイホーフはメツガーと同様、それを刑法規の文言(SI StGB)に求めた<sup>(104)</sup>。しかしランク・ヒンリクセンもいうように、法規の用語法は法技術的な観点から用いられているのであって、必ずしも学問上の厳密な概念構成に従っているわけではない。体系の統一それ自体は決して無用なことではない。しかもマイホーフの行為論は体系の統一ということにはたしかに成功したとみてよからう。しかし何のための統一かという目的論的観点を忘れると問題を抹殺してしまいうおそれがある。この問題は限界要素としての機能の問題と関連する。そこで等二に刑法上の行為とそうでないものを区別する機能(限界要素としての機能)は刑法上の行為概念を定義しさえすれば当然に出て来る(概念の内包と外延



の關係を想起せよ)のであって概念構成の前提というよりも結果である。それ故そこにはどこまでを刑法上の行為と  
 いうのが妥当かという問が入り込まざるを得ない。マイホーフアーの場合(シュミットそしておそらくはエンギッ  
 ュの場合も)その妥当性の規準が社会的意味性(ないし重要性)に求められた。マイホーフアーが行為の「存在論的  
 根拠」を語り、シュミットが「事物の本性」を持ち出した理由もそこにある様に思われる。この様な前法的領域の中  
 から刑法上の行為概念にとって本質的な意味をくみ取ろうとする試みに対する疑問は前章においてすでにのべておい  
 た。第三に社会的行為論の語る行為は構成要件該当行為そのものかあるいはそれと実質的に変らないものといえるの  
 ではあるまいか(シュミットの場合は、社会的意味の探究から具体的な場合において客観的に適切な態度をとったにもかかわらず死  
 の結果を発生せしめた医者の治療行為は「殺人行為」とはいえないとい<sup>106)</sup>。そこで語られているのは個々の構成要件該当の行為であ  
 る。又、マイホーフアーの様に行為を刑法的に保護された法益の惹起に向けられた人の態度と定義する時には「傷害」「殺人」  
 といった個々の構成要件該当性のメルクマールこそ語られていないが実質的にはそれに重なり<sup>108)</sup>とてよいように思われる。そう  
 であれば独立に行為一般を論ずる意義はあるのだろうかと疑わざるを得ない。むしろ社会的行為概念におけるような  
 可能性判断というようなある意味では認定があいまいになりがちなる要素を捨象してもっと端的に客観的に把えられた  
 行為概念(例えば外部にあらわれた人の態度<sup>109)</sup>行為)を構成する方が少くとも思考経済―訴訟法的思考という観点か  
 らは望ましい様に思える。いずれにしても刑法学上「行為とは何か」という問において問題となっていることは(認  
 識に先立ってすでに存在する)行為の実体を把握することではなく刑法学の目的から予め定立された諸要請<sup>110)</sup>(行為概  
 念の担うべき意味機能)に適うべき行為概念を構成することなのである。

(87) アルトゥール・カウフマン、目的主義的犯罪論、とくに過失を中心として、西原春夫訳、早稲田比較法学第二巻、一号、  
 一八二頁。

- (88) 学説史的にみた社会的行為論について述べたものとして、宮沢浩一教授の「社会的行為論—学説史的にみて—」（綜合法學五卷十二号、三二頁以下）がある。
- (89) Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl. 1932.
- (90) Eberhard Schmidt Der Arzt im Strafrecht, 1939, s. 75. Anm. 29.
- (91) E. Schmidt, Soziale Handlungslehre, English-Festschrift, 1970, s. 339f.
- (92) ヴェルツェルも社会的意味を強調するが、それが余りにも一面的に意思の担い手たる個人の側からの規定であるところに社会的行為論の抱く不満があった。E. Schmidt a. a. O., s. 76, Anm. 29.
- (93) E. Schmidt, Soziale Handlungslehre, English-Festschrift, s. 339.
- (94) E. Schmidt, a. a. O., s. 350 次の様について。「事物の本性という思考形式は我々を法的評価にとって唯一の連結点であるところの社会的意味付けに全く素朴的かつ（結局のところ）自明的に導いて行くことができよう。何となれば意味にみちた社会的な世界と法の間のみ相互関係が成立つのであり法と純粋な存在所与の因果的——経験的意味での性質の間に成立するのではない。」
- (95) 彼は行為とそうでないものとを社会的重要性によって区別しようとしたのであった。即ち法における行為概念はエンギッシュによれば心理学的なものでもなければ純粋に法学上の産物でもないし更に純粋に哲学的思弁の対象でもなく生活実践の自然的——社会的概念なのであるとされて行為とは計算可能な、社会的に重要な *berechenbar sozialerhehlich* 結果の有意的惹起であると定義された。Karl Engisch, Vom Weltbild des Juristen, s. 38 計算可能なとは（彼の場合）客観的に目的となし得る *objektiv bezweckbar* とする意味であった（客観的目的的行為論）。
- (96) Werner, Maihofer, Der Handlungsbegriff in Verbrechenssystem, 1953, s. 7 本書については福田教授の紹介がある。神戸法学雑誌三卷八四五頁以下。
- (97) Werner Maihofer, Der soziale Handlungsbegriff, Festschrift für Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, s. 159. この論文については、平場教授の紹介がある。法学論叢七〇卷一号、一四一頁以下。
- (98) Maihofer, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, ss. 66—68.
- (99) Maihofer. a. a. O., s. 72.

- (100) Maihofer, Der soziale Handlungsbegriff, s. 170.
- (101) Maihofer, Der soziale Handlungsbegriff, s. 178. 平場、前掲紹介、法学論叢七〇巻一号一四六頁。
- (102) Maihofer, Der Handlungsbegriff, s. 7.
- (103) このような関係を重視することから生じる問題については、本稿一九七頁参照。
- (104) Maihofer Handlungsbegriff, s. 29. Mezger, Moderne Wege, s. 11.
- (105) Lang. Hinrichsen, Zum Handlungsbegriff im Strafrecht, Juristische Rundschau 1954, s. 89. なお、ラートブルフは法現の用語法が統一的でないことを承知していた。Radbruch, Handlungsbegriff, s. 37. 学問上は「犯罪が行為である」という命題は実質定義（それゆえ検証可能）ではなく（Vgl. Lang-Hinrichsen, a. a. O., s. 89）約束なのであり、「犯罪は行為である」という命題が意義をもつのは、主として、それが人間の単なる肉体的な意思を処罰してはならないという法治国家的要請を含んでいるからである（平野竜一、刑法の基礎⑤法学セミナー一二五号二一〇—二二二頁、同、法学における理論の役割、現代法学の方法（現代法15）七五）。このような価値判断を認識の問題と混同してはなるまい（碧海純一、現代法解釈学における客観性の問題（現代法15）一四頁）。
- (106) E. Schmidt, Soziale Handlungslehre, S. 347—349.
- (107) 平場、刑法における行為概念の研究、八二頁補註。吉田常次郎、行為論前掲、五七頁参照。
- (108) そこから行為概念が解釈学上不毛であるといわれることにもなる。そう主張するものとして、Schönke-Schröder, StGB Kom. 13A. s. 20, Roxin, a. a. O., s. 515f. Schmidhäuser, a. a. O., s. 268f. Vgl. Buhoff, a. a. O., s. 154.
- (109) このように内包の小さい行為概念を主張するものとして、平野竜一、刑法の基礎⑤法学セミナー一二五号三四頁。Vgl. Nowakowski, Das österreichische strafrecht in seinen Grundzügen 1955, s. 44
- (110) さしあたりここで考えられている要請とは次の様なものである。1、個々の構成要件該当性を判断する前にそれらに共通する行為、一般をまず語っておく方が思考経済上便利であるというならば、行為概念は構成要件該当行為の全ての態様（作為犯、不作为犯、故意犯、過失犯等）を包摂するものであることが望ましい。2、1に関連するが、犯罪を認定する際には認定の容易なものから困難なものへと進んで行くことが人権擁護（というより上位の要請）からも望ましいということであれば、最初に認定されるべき行為概念は客観的に容易に認定されるものであることが望ましい。3、法規に「行為」という用語

が用いられている場合には、その用法に可能なり、矛盾しないことが望ましい。4、「犯罪は行為である」という古典的命題のもっていた実践的意味、即ち単なる内心的意思のみでは処罰の対象とされるべきではないということ（これも人権擁護というより上位の理念から出て来る）は行為概念を構成する際に考慮することが望ましい等々。

## あとがき

以上、わたくしは刑法学における行為概念の意味、機能を主としてヘーゲリアナーから現在にいたるまでの西ドイツにおける行為論の学説史をほぼ時代順にたどりながら検討して来た。その中で行為論における概念構成の方法、体系観についてもふれて来たつもりである。

行為の本質を問う議論—本質という言葉で何が意味されているかを十分反省した上でならば—は犯罪現象を明らかにするものとしてそれなりの重要性を持っている。その場合には、社会学的、心理学的、生物学的等々のあらゆる角度から犯罪現象としてあらわれた人間行為（ここでは行為という言葉を便宜的に用いているわけだが）を分析、説明する必要がある。これはいわば行為の実質定義の問題である。そしてこの様な問題は事実認識の問題としてその認識の結果が原理上は一義的に確定できるものである。だが刑法学上われわれの求めている行為概念はそれとは次元を異にする。即ち（応用科学としての）刑法学の体系は一定の実践的目的の為に奉仕する体系であって（目的論的体系）そこでの概念構成も究極的にはこの様な目的にたらしめて構成されるものである。このことは結局、行為概念を学問上の約束（規約的定義）として考える立場を妥当とする。つまり、刑法学上「行為とは何か」という問題は人間行為一般の「本質構造」の解明や「実質解明」をすることとは少くとも原理的には関係のないことである。（このような問題の性質そのものについての自覚的な反省が十分でなかったところに行行為論における議論が錯綜した大きな理由

の一つがあった様に思われる) そうであればある行為概念の正しさは結局、行為概念の構成の際にかかげられた要請(即ち体系の中でその担うべき意味、機能―究極的には刑法学の目的)に合致するかどうかによって決められる。本稿ではこのような要請をみたす行為概念としてマイホーファーの社会的行為概念と、それより更に内包のせまいものとして定義される行為概念(外部にあらわれた人の能度)のみが考えられたが、いずれの場合にも行為論を独立に論ずる実際上の意義があるとするには更に理由が要するように思われる(わたくし自身はそのような意義はきわめて小さなものであると思っているが)。しかしその問題は犯罪概念を構成する他の概念をどう構成するかということと相互関係を持つ問題である様に思われる。それについては本稿ではふれることはできなかった。

ところで本稿では概念定義の問題、ことばの意味の問題、等々について、かなり断片的、アト・ランダムにはあるが最近の言語理論の成果、論理実証主義―分析哲学の方法から示唆を受けたところが多かった。殊に「行為の本質」を問う議論の中にはかの「仮象問題」といわれる問題にひそむ問題の性質自体のもつ原理的不明確さがある様に思われた。それはともかく刑法学の分野においてもこのような思考方法によって解明せられるべき問題は多い様に思われる。

追記 本稿は「行為概念の体系的意味の再検討」と題して執筆したわたくしの助手論文を紙数の都合上約半分の長さにまとめたものである。そのため説明不十分なところ論じ残したところなどいくつかあると思われるがそれらの点についてはあらためて補いたいと思っている。