



Title	違法性と責任（序説）
Author(s)	小暮, 得雄
Citation	北大法学論集, 15(4), 42-63
Issue Date	1965-03-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16053
Type	bulletin (article)
File Information	15(4)_p42-63.pdf



[Instructions for use](#)

論 說

違 法 性 と 責 任 (序 説)

小 暮 得 雄

- 一 は し が き
- 二 違法性と責任の区別に関する小史
- 三 非難可能性の標準
- 四 問題の展望

一 は し が き

I 違法性と責任は、構成要件該当性とならぶ、犯罪論の支柱である。けだし、犯罪は、違法な、かつは有責の行為でなければならぬ。この命題の母胎である、リスト||ペーリング流の三分的体系が、周知のごとく、動揺と変質を免れなかつたにせよ、これは、なお一般に承認された命題といつてよい。

II ところで、犯罪論の変遷の過程が示すように、違法性と責任の意味、ないし両者を区別する標準については、むろん多くの消長があり、また、現に一義的な解決をみているわけではない。そこには、犯罪論上ゆるがせにできな

い課題が横たわっている。わたしも、年来、この問題にふかい関心をいだいてきたが、違法性と責任の別は、帰するところ、判断基準の類型化の差に依存すべく、比喩的にいえば、責任が行為者本人に対する非難可能性であるとすれば、違法性は通常人に対する非難可能性にはかならない、との見解に達した（「法益論の視角からみた違法性の本質」なお、法協八〇巻五九七頁以下所収の「違法論の系譜と法益論」は、その一部にあたる。）。その摘要については、すでに昭和三七年秋の刑法学会で、「違法性の本質に関する一考察」という題目のもとに報告を了えた。しかし、法益（侵害）説との関連に重点がおかれたため、むしろ傍論の域にとどまり、説得性を欠いた憾みがある。

たまたま、近時、日沖教授は、「違法と責任」（日本刑法学会編「刑法講義」Ⅱ、八七頁以下所収）と題する綿密な論稿において、違法は一般者としての「ひと」に向けられる社会的非難であり、責任は個別者としての「彼」に向けられる非難である、べき旨の示唆的な研究を公けにされた。教授の所説は、大綱において、私見と軌を一にしている。そこに提起された論点は違法性および責任の本質にかかわるもので、その問題領域は、おのずと犯罪論構成の全般に波及せざるをえない。今後、この方向に即した問題の吟味ないし展開が必須とされよう。本稿も、その一端につらなる。

Ⅲ 問題の要は、非難可能性を中核とする責任とならんで、違法性もまた一般的・規範的見地からの非難として構成すべきであり、かつは構成しうるか、にある。私見によれば、違法性が規範的・倫理的判断として非難の要素を含むべきことは当然であり、かかる素朴な認識はよく通説の批判に堪えるものと考ええる。以下、違法性と責任の区別に關する沿革を略述し（第二節）、ついで、学説の蓄積に負いつつ、規範構造の分析にもとづく違法性と責任の区別を省み（第三節）、かつ、そこから派生すべき犯罪論上の問題点に論及することとしたい。おそらくは、従前の犯罪論体系にそぐわぬ、かなり大胆な臆測をあえてすることになる。元来、この種の立論は、内外の諸学説をめぐる周回な吟味ないし批判をへて、犯罪論の再編についての透徹した見とおしのもとに展開すべきものであるが、この点本稿

説は、右の条件が十分熟さないままに、性急にことを僭した懼れなしとしない。

論 一一 違法性と責任の区別に関する小史

I いわゆる犯罪論の古典的体系は、周知のように、価値判断としての違法性を没価値的形象としての構成要件から区別する一方、違法性と責任の別を、もっぱら客観対主観という判断対象のちがいとしてとらえた。このばあい、違法性は、行為がそれ自体ないし行為の客観面に対する法秩序の否定的評価であり、責任は行為と行為者のあいだの心理関係に対する否定的評価である。構成要件または違法性の段階において単に因果関係の動力として考慮されたにすぎない意思是、責任の段階にいたって、はじめてその内容を問われる。違法性の判断が、行為者の主観を捨象した行為の客観的側面にかかわるのに対し、責任は、責任能力を前提とする故意・過失の關係より成る。この意味において、違法性は客観的・外部的であり、責任は主観的・内部的である。リスト・ベールングにはじまる犯罪論の古典的体系は(この体系がしばしばリスト・ベールングの名を冠して呼ばれるのは、首肯できよう。)こうして、いわば客観と主観の峻別を、犯罪論の全域にわたって截然とつらぬいた体系とみることができよう。

II やがて多様な法理論のないし世界観的潮流に促されて、古典三分説の変質期が訪れる。その間、古典説に向けられた外在的批判としては、たとえば、この体系のになうすぐれて自由主義的な機能を論難し、その廃棄を説く見解(ナチス思想を背景に、犯罪を義務違反の見地からとらえるシャフスタイン)等のあることを看過できない。しかし、学説の主流は、いわば内在的批判にかたむく。この方向に沿う重要な問題提起として、さしあたり、主観的違法要素および客観的責任要素の発見ないし提唱をあげなければならない。

構成要件における規範的要素の指摘とあい前後して唱えられた主観的違法要素の理論は、ヘークラー、M・E・マイ

アーの承諾をすぎ、メッガーによって集成された（E. Mezger, Die subjektive Unrechts-）。行為者の意向・目的など、ある種の主観的要素が、違法性の存否ないし強弱を左右するばあいのあるべきこと、がその骨子である。むろん、かような主張に対しては異論がないわけではない。たとえば、その有力な批判者として、故滝川教授の名をあげよう（滝川幸辰「刑法上の主観的機能」刑法雑誌一卷二号所収）。最近、莊子教授が同様の志向を示されているのも注目にあたいする（莊子邦雄「刑法学の課題」）。しかし、違法要素がかならずしも客観的要素につきないことは、漸次、通説のみとめるところとなった。主観的違法要素の承認は、「違法は客観的に」という伝統的な命題に、おのずから反省を余儀なくしたのである。

一方、責任の領域においても、規範的責任論の唱道によって、「責任は主観的に」という命題が動揺する。すなわち、責任を結果に対する心理的な故意・過失の關係とみる心理的責任論の立場は、認識なき過失^クにおける心理的要素の証明という難問題に遭遇しなければならなかった。その証明に挫折してのち、学説の関心は、故意における規範的要素の探究にむかう。こうして、いわゆる期待可能性の観念が見いだされ、故意・過失を通じて、責任とは行為事情を場とする非難可能性にはかならない、という規範的責任の思想が風靡するにいたる。責任もまた、もっぱら行為の主観面に対応しないことが、ひろく承認されたわけである。

叙上の経緯をへて、違法性と責任を行為の客観的側面と主観的側面に対応させる考えかたは破れる。かような趨勢の先端に位するのが、いうまでもなく、主観的違法要素の理論および規範的責任論の深化ないし徹底の所産であることを自負する、目的行為論の主張である。この行為論は、行為の本質要素として目的性（Finalität）をあげ、純外部的な因果の事象と主観的な認識内容との峻別を支えてきた在来の因果的行為論を、行為の存在構造に即さないものとして排斥する。その所説は犯罪論の全般におよぶが、とりわけ違法論への影響がいちじるしい。その標榜する人的違法観によるとき、違法性はつねに、行為者に関係づけられた、人的な（personal）行為の否認でなければならない。い

説
論
わゆる結果無価値ではなく、行為無価値こそが、違法性の本質を定める。故意・過失は行為の構成要件の要素であり、ひいては主観的な違法要素である。かかる違法内容の充実は、他面、責任の空虚化を意味しない。故意・過失は責任評価の対象であり、責任は意思形成に対する非難可能性として、依然、違法性とのあいだに一線を劃すことになる。目的行為論は、このように説く(Vgl. H. Welzel, Das neue Bild)。ただし、心情的要素を違法性の領域に移すときは、やがて違法性と責任の混淆にいたりかねない旨の危懼(たとえば、日神、前掲九〇頁、など)があることに留意すべきであろう。

Ⅲ 現時の諸学説は、ほぼ一様に、主観的違法要素ないし客観的責任要素をみとめつつも、違法性と責任の区別を維持する。その区別は、もはやかつてのごとく行為の客観面と主観面の別に対応しない。主観的違法要素ないし客観的責任要素の存在が語られるとき、すでにしてそこに、違法性と責任の区別に関する右と異つた理解が予定されていたことはあきらかであろう。この問題をめぐる暗黙の諒解に対して明確な論理的基礎づけをあたえたのは、まさしくメッガーによる規範構造の分析であつたといつてよい。そして、評価規範と決定規範の分析が通説による承認をえてのちは、あらたな意味において違法性の客観的意義が説かれることとなつた。ここで、おのずから、いわゆる客観的違法性説と主観的違法性説との周知の対立に触れなければならない。問題は、違法性および責任の本質にかかわる。客観的違法性説はいう。およそ法は、維持されるべき客観的な生活秩序であり、したがつて違法は、かかる生活秩序とある行為ないし事態との矛盾である。このばあい、違法は客観的に定まるべく、行為者の側に責任能力あるいは反規範の意思が存するかどうかを問わない。そのかぎりにおいて、責任なき違法という観念が成りたつ。法秩序との客観的な矛盾をひとしく違法とみることは、法規範の本質に由来し、実定法のたてまえにも合する。

これに対し、主観的違法性説はいう。法の本質は人の意思に対する命令・禁止であり、したがつて違法はかような命令・禁止の違反である。命令・禁止はその内容に即してみずからの意思を決定しうる者、すなわち規範能力者を名

宛人として予定するがゆえに、無能力者は違法に行為しえない。能力者の反規範的意思にもとづく行為についての、命令・禁止の違反すなわち違法を語ることができる。違法は責任を含んで成り立ち、 \times 責任なき違法 \times は形容矛盾にひとしい。

両説の争いには、古典犯罪論の確立前にはじまる、ながい消長の歴史がある（文献として、佐伯千假「主観的違法と客観的違法」、法学論叢二二卷一号所収、高橋敏雄「主観的違法性」と客観的違法性」、法学一四卷三、四号所収、竹田直平「違法論に於ける主観説と客観説」、滝。いま、その経緯にたちいる余裕はないが、概していえば、客観的違法性説が優位を占めてきたものとみてよい。要は \times 責任なき違法 \times の観念をみとめうるかどうかにかに帰する。そして、主観的違法性説が責任を違法性の要件と解することによってこの観念を否定し、ひいて違法性と責任の分析を拒否するのに対し、客観的違法性説は、違法性を責任関係から捨象することによって、この観念をみとめ、伝統的な犯罪論体系の支えとするのである。問題の一応の決め手は、先述のごとく、メッガーによってあたえられた。

メッガーは説く。法が人の意思をある方向に決定する機能をもつことはたしかであろう。しかし、そのためには、あらかじめ人を何ごとに決定すべきかを知らねばならない。すなわち、ことごらの評価が先行しなければならぬ。その意味で、評価規範 (Bewertungsnorm) としての法は、決定規範 (Bestimmungsnorm) としての法の論理的前提である。この際、違法の観念を、評価規範の違反として構成することも、あるいは決定規範との関係で構成することも、ともに論理上は可能であるが、法の任務がまずもって \times 人々の外部的に秩序づけられた共同生活の保障 \times にある以上、合目的性の見地からみるときは、違法をもっぱら評価規範の違反としてとらえることこそ正しい認識といえよう。こうして、違法は客観的な法秩序との矛盾、すなわち、名宛人なき評価規範の違反であるべく、そのかぎりにおいて、責任との区別を理論的に維持することができる、と (Mezger, Die subjektive Unrechtheit, (elemente, Gerichtsamt, Bd. 89.))

右に要約したメッガーの所説が違法概念の確立に重きをおいたのに対し、E・シュミットは、メッガーによる規範構造の分析を承けつつ、法的意思決定機能に対応する責任概念の構成につとめた (Lexis Schmidt, *Lehrbuch*)。そして、評価規範と決定規範という法の二重構造の解明は、やがて通説の承認をえて、違法性と責任の区別を支える有力な理論上の根拠となったのである。

VI (1) かような通説のありかたに対しては、しかし、なお、主観的違法性説の側からの根づよい反撥があった。そこには多彩な系譜があるが、わが国における現時の代表的な所論として、さしあたり竹田教授のそれをあげよう。教授によれば、すべての規範法則ないし当為法則一般は、命令・禁止の内容範囲を示す前句||構成要件と、受範者の意思を拘束し指導する後句||命令との、不可分の結合として成りたっている。しかるに、従来 of 客観的違法性説および主観的違法性説は、もっぱら、または主として、法規範の前句または後句に着眼し、両者を分離して違法の観念を構成するもので、ともに批判を免がれがたい。元来、構成要件の確定・明示がなければ命令・禁止は不能である一方、名宛人のない構成要件のみの確立は、いまだ何人の意思をも拘束・指導する意義をもたない筈である。ゆえに、規範の前句または後句だけでは、規範ないし当為法則の名に値いしない。法的命令を否定する意思によって構成要件を実現する行為のみが規範に違反し、したがって違法である。かかる違法の観念こそが責任非難の理由となり、一切の違法効果の原因となりえよう (竹田・前掲「違法論に於ける主観説と客観説」なお、教授の所説の集大成として「法規範とその違反」がある。、教)。

こうして竹田教授は、客観説と主観説の総合・止揚という方向を採りながらも、帰するところ主観説の結論にかたむかれる。ちなみに、その所説の背景に、フェルネック (H. von Ferner, *Die Rechtswidrigkeit*) 等の志向を汲む独自の法益概念があることは注目にあたしいでしょう。

(2) 一方、さきに触れたごとく、規範構造の分析を楯とする通説の立場に対しあらたな角度から批判を加えられた

のが日沖教授である。教授は、マイホーファー・メッガー・マウラッハ等の示唆に負いつつ、決定規範に対する評価規範の分離・先行という命題を疑問とされ、すでに違法のうち非難の要素をみとめるべく、つぎのように説かれる。『……従来理論がかような誤まり（注）責任の場面においてのみ、非難の要素が作用すると考えたことに陥った根本的原因は、法規範の構造を誤解し、法規範の評価的機能と決定的機能とを切り離し、評価的機能のはたらく場面を違法の領域に、決定的機能のはたらく場面を責任の領域に振り当てたことにある。こうした見解は、法規範が人の行態に向けられたものとして評価規範であると同時に決定規範でなければならぬことを看過している。その結果、違法における客観的なものは維持されたが、その人的なものが見失われるに至った。……』違法における客観的なものを維持しつつ人的なものを失わないためには、すでに違法の領域において評価規範と同時に決定規範がはたらくものと考えざるをえない。しからは、違法と責任の区別はどこに求められるのか。『……人は個別的存在たる前に社会的存在である。個別的存在として当為に服する前に、社会的存在として当為に服さなければならぬ。法規範の機能である評価規範および決定規範は、まず社会的存在としての人に向けられるのであって、ついで個別的存在としてのそれに向けられる。前者の場面が違法の領域をかたちづくり、後者の場面が責任の領域を形成する。』（日沖、前掲・「違法と責任」二〇三・四頁）。これが教授の見解の概要である。違法性と責任の区別に関する、おそらくは最新の問題提起といってよいであろう。教授みずから指摘されるように、かかる理論が、体系的に、あるいは個々の問題の解決のうえで、はたして成功をもたらすか否かは、まさに今後の課題といわなければならないが、すくなくとも、違法性と責任の区別について根本的な反省を迫るものであることは疑いえない。

(3) 主として違法論にもたらされた動揺は、かくて、おのずから、違法性と責任の区別をめぐる動揺を意味した。上述のほか、違法論および責任論の枠内でそれぞれ固有の胎動があり、さらには理論的省察の深まりがあったことは

いうまでもない。ここでは違法性と責任の区別に直接関連する動きを素描したにとどまる。

かような現状に直面して、すでに通説と化した主観的違法要素の理論を再吟味し、むしろ、違法は客観的に、責任は主観的にという素朴なテーゼへの復帰をはかることも（たとえば、「荘子・前掲」）ひとつの見識であろう。しかし、現時にいたる学説の発展を承けつつ、なおそこに一步を進めることが可能ではないか。日沖教授の所説はまことに示唆的である。以下、未熟ながらこの問題に関する私見を述べたい。

三 非難可能性の標準

I 前節において、違法性と責任の区別をめぐる沿革を一瞥した。ここでは、ベーリング流の三分的体系をあらかじめ前提し、これを起点としたために、違法性と責任を区別すべきことじたいについては、むしろ自明の事柄として扱われた。しかし、まず、犯罪論構成の方法は多々あるべきにもかかわらず、なぜ、違法性と責任の区別を必要とするかが問われなければならない。

犯罪は、複雑な、法的・社会的ないし個人的事象である。その成否は、かならずしもつねには、単純な認識に親しまない。たとえ、実務上、結論に直結するものが、いわば、犯罪事実をまえにする刑事裁判官の法的直観ないしは刑法感覚であり、解釈論による理由づけは当該の結論をジャスティファイするための第二義的な意味をもつにすぎないとしても（その間の消息につき、たとえば、中野次雄・「刑事」）、そのことによつて、刑法感覚に内在し、かつは問題を整理し結論を説得する具としての、犯罪論体系の有用性が減ずるわけではない。たとえ、犯罪を把握するうえに、最後には、総合的・全体的考察を欠きえないとしても、そのことから、ひいて理論的分析の意義が失われるわけではない。諸国の刑法学も、それぞれの観点から、犯罪概念の矛盾なき構成につとめている。その際、われわれは、構成要件・違法性・

責任という体系を採った。ドイツ刑法学への傾斜という非難は措くとしよう。それは、単に平板な範疇論的体系ではない。しばしば指摘されるように、この体系は、裁判の場における思考経済の要請にかなない、また、罪刑法定主義と結びついて貴重な自由保障機能をはたした。構成要件・違法性・責任等の分析概念は、すでにわが刑法学の共有財といてよい。すぐれた犯罪観照をつたえる従来の諸概念を、十分な理由なく抛棄することは許されないのであろう。

違法性と責任の区別は、解釈論のうちにくまなく滲透している。たとえば共犯論の関係をみよう。この分野では、共犯従属性の問題をめぐる、いわゆる制限従属形式と極端従属形式のいずれを採るか争いがあるが、この論争は、いうまでもなく、違法性と責任の区別を前提にしている。したがって、その間の概念的区別が否定されるときは、かような論争したいが意味を失うと同時に、学説の趨勢が制限従属性説にかたむきつつある現在、従属性の限界をどう劃すべきかに迷うほかない。

さらに一例をあげよう。保安処分の問題を考えるばあいにも、違法性と責任の区別はきわめて有意である。いま、刑罰が犯罪の法律効果であるのに対し、保安処分は、行為者の危険性に対応する排斥の処分である。危険性は伝統的な意味での責任を前提としない、違法な行為によって徴表されよう。すくなくとも違法であつてこそ、刑事処分の対象となる。保安処分を刑罰から分離するかぎり、違法性と責任の区別は、保安処分の存在を根拠づける本質的な区別といわなければならない。その他、犯罪論ないし刑罰論上の多くの問題について、法感覚に則した妥当な解決をうるためには、おのずから違法性と責任の概念的区別が要請されることとなる。

II (1) 違法性と責任を分ける基準に問題のあることはみとめよう。しかし、その区別は、なおこれを維持すべきである。このばあい、違法とは法にたがうこと、責任とは違法な行為について行為者に非難を加えること、を意味する。このことは、さしあたり承認されてよい。

問題は、まず、*ク*法にたがうこと*ク*の意味如何にはじまる。この点に関し、いわゆる客観的違法性説と主観的違法性説との対立があり、学説が前説にかたむくことは、すでに述べた。法の本質を第一義的に評価規範と解し、事態ないし行為と法秩序との客観的矛盾を違法とみる考えかたが大勢を占めたわけである。それでは、主観的違法要素をみとめる見地と矛盾しないか。客観的違法性説はこたえる。なるほど、客観説にいう*ク*客観*ク*が、かつての素朴な理解のように、評価の対象に関する客観を指すかぎりは、主観的違法要素をみとめる立場と客観説とはあいられないだろう。しかし、現在、*ク*客観的*ク*違法とは、責任が行為者人格に加えられる非難であるのに対し、違法性は、行為者人格から切りはなされた行為そのものに対する評価である、という以上の意味をもっていない。したがって、行為をそれじたいとして評価するにあたって、行為の主観的側面が評価の対象に混在することを妨げないのである、と。通説は、こう解することによって、その標榜する客観的違法性説と主観的違法要素との調和をはかったのである。

(2) 違法性の概念は、法ないし違法性の理念によって制約される。ここでは、その正面からの考察にたちいれないが、近代法の理念は、とりわけ、私人相互間ないし公権力との関係における個人自由の合理的な保障に求めることができよう。法はそのための客観的・外部的な秩序であり、いわば合理的な法益保護の体系である。そのかぎり、違法性は、個人自由の限界をこえ、客観的な法の秩序ないし法益体系を侵すこと、にほかならない。むしろ、近代法思想を育んだ古典自由主義の時代はすぎたが、かような近代法思想そのものは、なお、現代の法的思想をつらぬいている。この意味で、違法性を、維持されるべき生活秩序との矛盾と解し、責任なき違法を説く客観的違法性説には、正しい核心があった。しかし、他面それが、およそ法益秩序との端的な矛盾をただちに違法視したことは、はたして当をえた認識であろうか。違法性の帶有すべき、規範的、倫理の意味がそこに問われなければならない。

あらためて述べるまでもなく、法は規範である。規範は人ないし人の行状に向けられている。いわゆる名宛人なき

規範とは、畢竟、それが万人に向けられていることの仮称にすぎない（日沖・前掲・九）。そして、法が単なる仮言判断ではなく、对人的な規範である以上、その使命とするところも、じつは、客観的な法益秩序の規範的維持でなければならぬ。問題は規範違反としての違法性についても同様であろう。違法性また、なすべからざる」という規範的な消息と決して無縁ではありえないのである。

(3) 設例に即して考えよう。日沖教授はつぎのような例をあげられる（日沖・前掲、九九頁）。自動車の運転手が、前方に泥酔した人を見つけ、ブレーキをかけたが間にあわず、轢いてしまった。かれはかような結果を回避すべく、およそ通常の運転手としてつくすべき諸般の注意をつくした。にもかかわらず、発生した結果のゆえに、かれの行為を違法とするであろうか？。

このばあい、かれの行為は違法であるが、責任が阻却され、したがって罪にならない、との立論が成りたつかにみえる。しかし、この種の行為をすでに違法と評価することは、はたして違法性の規範的・倫理的品格とあいられるだろうか。人を轢いたことは、たしかに有害な、好ましくない事態である。法は正面からその行為を是認するわけにはゆかない。とはいえ、それは通常の運転者としてつくすべきことをつくしたうえの事故であった。規範的には、いわば不可抗力なしこれに準ずる事故にひとしい。それ以上に、およそおこりべき一切の事故を予見し、かつ回避せよというのであれば、交通機関としての機能を停止するほかない。設例について違法の烙印を捺すときは、堪えがたい結論を招くこととならう。

もっとも、こういいために、さしあたり二つの前提が承認されなければならない。その一は、法は不能をしないこと、であり、その二は、右の判定が通常人の能力を標準にすべきこと、である。ただし、法は不能をしないものでない。たとえ、道徳の格率においては義務（Sollen）が可能性（Können）に先行し、汝なすべきがゆえになし能

う、といえても、法の領域においては問題が逆である。法上の義務は可能性を要件とし、不可能にその限界をみいだす。いかに惹起された事態が好ましくないものであるにせよ、そもそも可能性のないところに規範的要求を向けることはできない。他方、かような可能性をはかる尺度は、通常人における可能・不可能を標準とすべきである。法はその名宛人に対し、怠慢や怯懦を恕さないと同時に、度をこえた英雄的な行為をも期待しない。法は倫理的・ミニマムであるべく、その規範的要求は、おのずと通常人の能力を上限としなければならない。通常人ならば同一の状況のもとで他の行為に出ることを期待できた、といえるばあいには、はじめて違法の問題となる。これを要するに、法は通常人に要求しうる以上のものを行為者に要求しえない、という意味において、規範への違反、すなわち違法性は、通常人に対する当為に限界をもつのである。

(4) ひるがえって、かような考えは、つとに、過失犯の理論構成に際して、みとめられつつあることに留意する必要がある。かつて、過失は、故意とならぶ心理的範疇として、もっぱら責任論の一隅で論じられた。やがて目的行為論の唱道、あるいは許された危険 (erlaubtes Risiko) の法理の展開、法益侵害説への反省、等にともない、事情がかかる。過失犯の問題領域は、責任論の一隅から、違法性ないし構成要件の領域へと拡大され、その違法性はいわゆる注意義務の違反―しかも責任要素としてのそれが主観的な注意義務違反を内容とするのに対し、違法要素としてのそれは、一般的・客観的な注意義務の違反―を内容とすることが、しだいに肯認されるようになったのである。

過失犯におけるかような認識が正しいとすれば、問題は故意犯においても同前でなければならない。いうまでもなく、故意行為は、結果(より正確には構成要件の実現)に対する表象・認容をとまなうばあいであるから、故意に出て有害な結果の惹起がある以上、その反規範性は一見してあきらかなようにみえる。しかし、たとえば、犯罪事実の表象・認容のもとになお自己の行為を許されたものと信じたことが一般的にみて無理もないばあい、あるいは所与の事実的・規範的状况

を知りつつ、万やむなくその行為に駆りたてられたばあい、故意を理由としてかれの行為の反規範性を問うてよいだろうか。おもうに、当該行為に出ないことがすでに一般的可能の域をこえているかぎり、そこに通常人に対する当為としての法の規範的反動をおよぼすべきではない（このばあい、事実的認識と規範的認識との混同をいう非難はあたらないだろう）。他人ならばその行為を避けえた筈だ、といえないからである。ことがらの構造は、過失犯のばあいと隔たるところがない。かような趣旨を推すとき、従来、責任論の専占に委ねられていた多くの問題が、まずは違法性の領域において、しかるべき位置づけをあたえられることになろう。

(5) 通説の扱ってたつ客観的違法性説は、違法性と責任の区別をつらぬき、行為者の能力ないし人格のいかんを問わず、違法性の判断が客観的におよぶべきことを説いた点において、正しい核心を含んでいたが、他面、およそ有害な事象の惹起をすべて違法視した点において、違法性の判断基準を看過し、ひいてその規範的意義を没却した、という譏りを免れない。ただし、違法判断のおよぶ対象と、違法判断の基準（構成要件に該当する事実をめぐり、何びとを標準に規範的要求し命令または禁止をおよぼすか、の問題）とは、別個の問題である。後者を度外視したく評価規範は、人の行為に対し、真の意味で、規範的評価をあたえることはできない。前掲のように、日沖教授は、違法性を社会的非難とみる見地から、この場面にはたらく法機能が決定規範であると同時に評価規範でもある、と説かれる。つまり、一般者としてのくひとくに対する決定を觀念されるわけである。ただ、私見によれば、メッガー以来、決定規範という慣用の語は、個別行為者の意思に対する終局的な規制ないし命令の機能を意味してきた。違法性の領域にはたらくものは、依然、この意味での決定機能ではない。いわば、通常人に対する当為としての法の本質にもとづき、評価規範による評価が制約されるにとどまる。むしろ、評価規範と決定規範とは、重畳的な法機能として、現実には不可分のものであるが、なおそこに概念上の分離をみとめてよい。く評価規範を叙上の意味に理解することによって、はじめて客観説の不備を補うことができよう。

一方、主観的違法性説は、有害な事象の惹起をもつて即違法とみることなく、違法性の規範的意義に着眼した点において、すぐれた核心を有していた。ただし、それが、問題の規範的側面を強調するあまり、能力者の反規範意思との関係においてのみ、違法概念の成立をみとめたことは、早計にすぎよう。法規範の機能をかように限定することは、法のはたす普遍妥当的な、教育的ないし、一般予防的機能について眼をとじるもので、妥当を欠く（拙稿・前掲「違法論の頁以下）。違法性判断の拠るべき規範（すなわち、前述の評価規範）は、通常人を標準とし、ひろく一般人に妥当する、行為の規範である。それは、当為の標準として平均的人間像＝通常人（その把握については困難な問題があるが、ここではちいらぬ）を予定し、その可能性に限界をみいだしつつ、規範的要求を向ける。他面、その判断は、個別行為者の主観的な遵守能力を顧慮することなく、何びともおよぶのである。いいかえれば、違法性の規範は、無能力者を含む一般人に対して、行為の尺度・あるべき当為を示し、同時に、その違反に対して反規範性、すなわち違法性の色づけをあたえるものにほかならない。

(6) ちなみに、上述の見解は、違法性の実質ないし本質を法益侵害に求める伝統的な志向と、かならずしも矛盾しないであろう。近時、法益（侵害）説に対する批判はきびしいが、犯罪または違法性の実体が、立法によって承認され、保護された利益の侵害ないし脅威である旨を説いたことは、法益説の不朽の貢献である（法益の内容に前法的な生活利益を要求し、法律により創造された法益を排斥する法益説の積極的な一面は、従来、不当に閉却されてきたきらいがある）。いわゆる行為価値の強調も、決して、違法性における法益侵害の意義を貶しめるものであってはならない。保護すべき利益・価値のないところに、その尊重・保全につながる行為価値のありえないことをおもえば、このことは自明にちかい。ただ、在来の法益説の欠陥は、法的に好ましくない事態の惹起、すなわち法益侵害と解し、ために違法性の規範的意義からはなれた点にある（この点を衝く竹田教授の法益説批判は、頗る）。私見によれば、法益の侵害は、単に結果的視点からみた有害な事象の生起と同義ではなく、そこにある種の規範的限定を必要とすべきである。こころみに、クリーズによる具体的因果性と抽象的因果性の分析を籍りよう（Vgl. V. Kries, Über

Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im) 法益に対する攻撃形式としては、いうまでもなく、侵害と危殆（脅威）の両様を觀念すべく（危殆「概念の客観的規定性につき、示唆に富む論策として、とくに」、危殆が抽象的因果性のみを有して具体的に因果性を欠くばあいであるのに対し、侵害はその双方を充たすばあい（（能な偶然を含まない。）である。そのかぎり、ともに抽象的因果性を必要とする点において、行為としての侵害と危殆とは共通の基盤に立たなければならぬ。侵害は、いわば危殆の現実化である。それがおよそ一切の実害の惹起と同視されないことはあきらかであろう。そして、かような因果的認識を支える相当性の思考を推すとき、さらに一步をすすめ、前述の通常人を標準とする行為規範との関係において、法益の侵害を觀念することも許されてよいのではないか。それは、決して、違法性を人的に把握し、ヴェルツェル流の人的不法概念にしたがうことを意味するものではない。ここにいわゆる法益侵害は、実体的法益概念を違法性の中核におきつつ、侵害に規範的な意味を盛るにとどまり、違法性を行為者人格との関連においてとらえるものではないから。その根本的な志向にはあきらかな隔たりをみとめなければならぬ。

Ⅲ かようにして、違法性は、（法益侵害を内実としつつ）、行為が通常人の当為にたがう旨の、法秩序による評価である。大まかな比喩が許されるなら、通常人に対する非難可能性といってもよい。違法性がこの意味ですでに、非難の契機を含むとすれば、他方、責任はいかにして基礎づけられるか。責任は、依然として、行為者本人に対する非難可能性としてのこることになる。

さきに触れたように、違法性の判断は、個別行為者において、行為の是非を弁別しかつその弁別にしたがって自己を制御しえたかどうか、にかかわりなく、すなわち、いわゆる責任能力ないし責任条件の有無にかかわりなく、所与の行為事情を場として一般的におよぶ。当該行為の時点および状況のもとで、類型的行為者||通常人を標準とした法のなかからベシクという要求がおよぶかぎり、この要求に客観的に矛盾する行為は、行為主体の能力を問わず、違

法であることを免れない。通常人に期待できることを、かれがしないことが違法である。そして、行為の違法性が右の意味において一般的・客観的に肯認されたのちに、はじめて、行為に対する行為者関係的な非難としての責任の問題を生ずるのである。いま、通常人に対する当為がひいて行為者に対する当為でもあるとき、いいかえれば、違法な行為を避けることが行為者にとって可能であり、したがってこれを避けるべきにもかかわらず、行為者がかかる義務づけにそむいて当該行為に出たとき、かれはまさしく責任非難を問われよう。一般通常人にとおなじくかれにもまた期待可能であることをしないのが責任である。これに反し、規範的要求を向けることが、たとえ通常人に不能をしいるものでないにせよ、行為者本人には不能をしいるものであるとき、もはや当該行為についてかれを非難することはできない。けだし、責任非難は、行為事情に処する、かれの具体的可能を限度としなければならない。いわば、違法性の規範が通常人の可能を限度として、一般人を客観的に決定するのに対し、責任の規範は、行為者本人を主観的に決定するのである。

むろん、このばあい、行為者は責任能力者であることを要する。責任能力者とは、すなわち、法上の平均人であり、通常人である。とすれば、通常人における可能ないし当為は、すなわち、つねに責任能力者としての々かれ々における可能ないし当為であるべく、その間に背馳の生じる余地はありえないのではないか？ この種の疑問に対してはつぎのようにこたえられよう。まず、違法性判断の基準となる々通常人々は、所与の時代・社会に生きる具体的人格からの抽象によってえられる平均的人間像であり（その過程で、時代思潮・関係諸科学の発達水準など、その能力もいわば一定の水準線によって劃されるのに対し（ちなみに、いわゆる平均的人間は、単なる算術的平均の産物ではないから、その能力も、一般人の平均値を意味しない、その認定はむしろ難しい問題である。おそらくは一般人の能力の上限にちかひ線に求められるべきであらう。）、いわゆる責任能力は、帰責の前提として要求される必要最小限の能力であり、おのずと責任能力者の範囲も、多様な能力差を含んで、幅ひろくとらえられる。このゆえに、々通常人々々に対する当為の違反は、いまだかなら

ずしも個別行為者に対する当為の違反を意味せず、あらためて、責任論における吟味を必要とするのである。第二に、違法性の判断は、行為事情を場とする類型的行為者の反応にかかるとし、責任の判断は当該の行為事情を場とする生身の行為者人格の反応にかかっている。行為者人格の把握は、当然にかれをとりまく一身的な人格環境、さらには過去の生活歴などの了解なくしては不可能であろう。これらは違法判断に際しては顧慮されることのない、責任固有の契機である。責任は、もと、行為者人格のふかみにおける非難にほかならない。こうして、責任が現象的な責任能力者を扱う以上、違法判断の基準に抽象的な平均人を予定したからといって、タウトロギーにならないことはあきらかであろう。両者は別個の問題である。

もっとも、ここで、いま一つの難問に遭遇する。行為者は、所与の行為状況のもとで、現に当該の違法行為に出た。それはかれとして必然の経過というべく、行為の意味を行為者人格のふかみに尋ねることは、つまりはかかる必然性の過程を了解するにすぎないのではないか？ いま、刑法における意思自由の問題については、古典的な自由意思論から近時のノ性格論的責任論の提唱（平野竜一「意思の自由と刑事責任」尾高道雄論集「自由の法理」にいたるまで、ながく、多彩な沿革があるが、それはなお、現代刑法学の対決すべき重要な問題たるを失っていない。たしかに、行為の時点において、行為者が他の行為に出る余地を有しえたかどうかは、経験的領域では確定できないことさらに属しよう。しかし、同時に、諸科学の現状に照らすとき、すべての行為が、素質なり環境なりによって撰択の余地なく決定されつくしているという確証もあたえられていない（この問題をめぐり諸科学の現状に「Mensch und die Strafrechtreform」が有益であろう。そのかぎり、素質・環境による制約をうけつつ、逆にこれをコントロールしてゆく主体的な消息を主張することを妨げない。決定されない部分、ないし決定の確証がえられない部分を指して、われわれは自由と呼ぶ。行為に自由の契機がともなう限度で、本来的意義における責任非難が成りたつのである。科学の彼岸においてなおこの意味の自由がのこるかは一

個の問題であるが、いまだ人間行動の完全な解明にいたらず、いわんや、個別事例の調査に限界がある以上、責任非難の基準となる行為者も、所詮は、多かれ少なかれ類型的な行為者でなければならぬ。違法判断の基準となる通常人との差は、この意味では、じつは、類型化の程度の差に帰するであろう。したがって、行為者人格のふかみにおいてなお他行為の可能性を問うことは、背理ではない。上述の行為者人格について、かかる可能性の経験的な推定が成りたつとき、責任非難は可能であり、その推定が破れるとき、責任非難はやむのである。

四 問題の展望

以上の素朴な考察を通じて、(表現はなほだ適當でないが)違法性の本質がいれば通常人に対する非難可能性であり、責任の本質が行為者本人に対する非難可能性である、べき旨を弁えた。ついで、かかる認識が、通説の見地に對して、どのような修正を促すかを検討しなければならない。二・三の主要な論点について展望を試みよう。

I まず、学説にいわたる違法評価の事後(ex post)性という観念(たとえば、佐伯千段「違法性の理論」刑事法講座(1)所収、1)が九八頁以下、Hippel, Deaquas Strafrecht, 2 Bd. S. 104)が反省を迫られることとなる。学説は、違法性の判断に際して、行為の結果的側面、すなわち有害な事象の惹起を絶對視する結果、いつももなく、違法評価が事前ないし行為時の判断ではなく、事後のそれである、との了解に達した。つまり、行為の際、通常人による認識・予見の圈内にあったと否とを問わず、公判審理の結果あきらかになつたすべての事情が判断の基礎におかれたわけである。しかし、すでに、因果関係論において相当因果関係説を採る以上、厳密には、違法性判断の事後性は破れている。のみならず、かような考えかたは、前節で展開した規範的・倫理的評価としての違法性の本旨に副わない。それは、違法性における非難の契機を無視した非法治国的な思惟といえよう。いいかえれば、裁判官は、みずから行為の場に居あわせたとしてどのような態度に出たであろうかを問ひ、通常

人としての客観的な認識・予見のそとにある事情はこれを慮外し、かくして行為者の判断ないしは行動に無理がないとみとめられるかぎりには、そこに違法という評価をおよぼすべきでないのである。このことは、従来の学説上も、法が行為者に裁量を命じまたは許していることを条件として、ごく例外的にみとめられてきた（佐伯・前掲「違法性の理」論一九九頁、参照）。けれども、その理はいわゆる裁量権の有無にかかわるべきでない。違法性の規範的把握をつらぬくとき、違法性はまさしく、*ex post*ではなく、行為時の判断でなければならぬのである。

II (1) 期待可能性の標準という周知の問題を考えるにあいにも、本稿の立場は、あらたな知見を加えることとなる。この問題については、従来、行為者標準説・通常人標準説・国家標準説の対立があり、相互に他を批判することによって自説を裏つけてきた。前二説が行為者ないし通常人に判断の標準を求めのりに対し、後説は、期待する側としての国家ないし法規範に標準をおく。学説の大勢は後説を避け、前二説にかたむくといつてよい。そして、期待可能性の問題が違法行為を前提とし、現に行われた違法行為の代りに適法行為への期待が可能かどうかという形で展開された以上、それはもっぱら責任論の枠内の問題にほかならなかつた。しかし、違法性のうちに、すでに非難の意味を汲むかぎり、問題はおのづから、責任論の枠内にとどまるべきではない。ことは違法論と責任論の両域にまたがることを否むがたいであろう。

本稿の見地にたつとき、通常人における一般的な期待可能な範囲をこえる行為については、もはやこれを違法とみることはできない。一般人に対する当為をもって行為者本人に対する当為となすべき旨を説く通常人標準説は、この意味で、じつは違法性の判断基準をあたえるものであつた。けだし、法は一般人に対して不能をしいないのである。他方、責任の問題としては、むしろ行為者標準説を妥当としなければならぬ。そのばあい、現に違法行為がなされたことじたいのうちに、行為者に対する期待不可能の証左をみようとする決定論的な批判には、理由がとほしいであ

説
ろう。一般人に対する当為が肯定されたのちに、なお、個別行為者の能力に依じて、法の決定機能のおよぶ余地が存

すべきことは、さきに論じたとおりであるから。

論

こうして、期待可能性の問題は、第一次的に違法論での吟味にまつべく、ついで、責任論における二次的な吟味にまつべきである(この関係で、基本的には行為者標準説に拠りつつ、期待可能の上限を通常人によって測らうとする折衷説(田藤重光「刑法綱要総論」二四三頁)の志向は注目されたい。この問題についての概観として、拙稿「期待可能性の標準」ニリスト法学教室、五号所収参照)。ただし、この見地からは、一般的にみて無理もない行為についてはすでに違法性の阻却がみとめられるから、違法行為に代る適法行為への期待という問題形式は、当然修正を余儀なくされる。いわゆる「違法行為」の語を「いまだ期待可能性の吟味をへない一応の違法行為」とでも読みかえるべきであるが、所詮は用語の問題にすぎないであろう。

(2) ちなみに、過失犯における注意義務の標準についても同質の問題があるが、この分野で、つとに本稿のたてま
えに副った解決が試みられつつあることは、前節で述べた。

(3) いわゆる法律の錯誤ないし違法性の錯誤の問題は、法のミクロコスモスにもたとうべき難題を蔵しているが、行為者の不知または錯誤に一般観念上相当の理由があると判断されるときは、やはり違法性の阻却をみとめてよい(改正刑法準備草案二〇条二項参照。したがって、本稿の観)。行為の「違法性」(この概念に留保を要すべき)を意識する一般的な可能性がなく、行為者に規範的要求を向けることが酷にすぎるばあいは、規範に対する違反を問うべきでないのである。それは責任論における個別な解決に委ねられるべきものではなく、むしろ一般的な違法性の問題といえよう。たとえば、法令の効力発生の時期、その他、右の見地から検討を要すべき問題は、多々ある筈である。

Ⅲ 違法性阻却事由ないし責任阻却事由の問題についても、一考を必要とする。

いま、いわゆる違法性阻却事由が、構成要件該当性によってあたえられる違法性の推定を破るべき事由であること

は、むろんかわりがない。たとえば、職務行為・正当防衛など、右の事由をとまなう行為は、それじたい反規範性を解除された行為であり、そこに、かさねて、一般的な当為ないし行為者本人に対する当為の違反を論じることが、背理にひとしいであろう。私見は、いわゆる違法性阻却事由の類型から洩れる行為につき、なお、規範理念上、違法阻却の余地があるべきことをいうにとどまる（前節および本節Ⅰ参照。ちなみに、つぎのような例も考慮にあたいする。急迫の侵害に直面し、防つたというばあい、そこに正対不正の関係がない以上、正面から正当防衛の成立をみとめることは困難であろう。じつは違法の侵害でなく、たのみて相当の理由ある誤想防衛については、準正当防衛として違法性の阻却をみとめてよいのではないか。拙稿・「正当防衛」刑法講座Ⅱ所収、一四五頁参照。その他、いわゆる違法性阻却事由の周辺に）。

これに対し、責任阻却事由は、通常人に対する当為に反し、したがって違法な行為につき、なお行為者人格に非難を帰するに由ないばあいである。そのゆえに、責任阻却事由は、多く違法性阻却事由を予定し、これに即してとらえられる。例を緊急避難（刑三七条一項）にとろう。緊急避難の理論的性質をめぐる学説の多彩な争いにはここでは触れない。私見によれば、三七条一項のかかげる避難行為は、通常人の合理的な反応を正当化しうべき事由であり、その意味でこれを違法性阻却事由に算えてよい。他面、同項の要件をこえ、通常人としての当為にたがう行為については、さらに、行為者本人として無理がないかどうかという非難可能性の吟味を要する。これを責任阻却事由としての緊急避難とみることはかならずしも正確でないが、緊急避難に責任阻却を理由づける一面のあることは看過できない。他の違法性阻却事由との関係でも、むろん同種の問題が成りたつてであろう。

Rechtswidrigkeit und Schuld in dem Verbrechensaufbau

Tokuo KOGURE

a. o. Professor (Strafrecht)
Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität Hokkaido

Nach dem sogenannten dreigliedrigen Verbrechensbegriff gelte das Verbrechen als tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaftige Handlung. Davon gibt es ein Problem; in welcher Beziehung steht die Rechtswidrigkeit und die Schuld in dem Verbrechensaufbau? Nachdem subjektive Unrechtselemente und objektive Schuldmerkmale auffunden worden haben, konnten wir die vorher streng eingehaltene Scheidung zwischen objektiver Rechtswidrigkeit und subjektiver Schuld nicht mehr durchführbar. Nun zeigt die gegenwärtige Situation des Problems chaotisches Bild.

Meiner Meinung nach, wir sollen das normative rechts-ethische Moment der Vorwerfbarkeit schon in dem Rechtswidrigkeiturteil begreifen. Das Rechtswidrigkeiturteil einer tatbestandsmäßigen Handlung bestehe erst dann, wenn Durchschnittsmensch in dergleichen Handlungslage auch vorwerfbar ist, während das Schuldurteil beruht auf der individuellen (od. persönlichen) Vorwerfbarkeit dem Täterverhalten.

Diese Abhandlung betrifft obiges Thema.