HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	犯罪論における行為概念の研究：存在論的行為概念の樹立をめざして
Author(s)	吉田, 敏雄
Description	論説
Citation	北大法学論集, 22(4), 65-134
Issue Date	1972-02
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27917
Type	departmental bulletin paper
File Information	22(4)_P65-134.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

犯罪論における行為概念の研究

――存在論的行為概念の樹立をめざして――

吉田敏雄

第一章　序　説
第二章　因果的及び目的的行為論の検討
第一節　選別機能の考察
Ⅰ　心理的メルクマールの問題
Ⅱ　自体性メルクマールの問題
第二節　体系的機能の考察
Ⅰ　因果的行為論
Ⅱ　目的的行為論
第三章　存在論的行為概念の展開
第一節　総説
第二節　社会性のメルクマール

第三節　態度の支配可能性
第四節　結果の支配可能性
第四章　結　語

第一章　序　説

従来の犯罪論体系において、とりわけ古典的犯罪概念の確立以降、その展開方法に、大きく分けて二つの流れがあったといってよいであろう。(1)その一は、「行為」を他の犯罪概念構成要素から独立に論ずる立場(2)その二は、「行為」を単に、構成要件要素と考えれば足りるとして、構成要件該当性から犯罪論を展開する立場である。(3)後者の立場から、小野博士は「刑法上において問題となる行為は、構成要件的行為である。その行為とは、倫理的な行為である。刑法学はそれを構成要件の中核的な要素として問題としなければならない。構成要件に関係のない行為は、刑法学において問題とする必要がないわけである。従来刑法学者は概ね構成要件前の（裸の）行為論から出発する。それは行為の倫理的、法的意味を見失った実証主義的、自然主義的な思想と結びついているが、そればかりでなく、それは体系的に誤っている。」とされる。(4)成程、自然主義的実証主義的行為概念は第二章で論ずるように行為の法的意味を見失なっていたことは確かであろう。しかし、行為概念規定が自然主義的なものでしかあり得ないかは疑問とされるべきであろうし、しかも、構成要件該当行為が行為自体を検討せずして、何故に法的倫理的意味を有することになるかの説明がなされていない。また、博士は「裸の」行為論は体系的に誤っているとされる。成程、犯罪論体系を目的論的に構成要件該当性から展開することも可能であろう。しかし、そうであるからといって、犯罪論体系を行為概念から展開することが体系的に誤りであると何故言えるのであろうか。構成要件該当行為が行為自体を前提としているの

であって、行為概念が犯罪論にとって何を意味しているかを知らずして、構成要件該当行為もまた判らない。しかも、刑罰は行為を対象とするものであるとするならば人間行為の検討を不可欠のものとする。従って、犯罪論体系を行為概念から展開することは充分、意味のあるものなのである。(5)

単なる罪刑法定主義を超えるところに位置する行為論の展開は、実に法と道徳の峻別、並びに法治国の要請がその基礎となっているのである。刑法は外的態度、結果から考察を始めるのに対して、道徳の出発点は内心、心情なのである。法も内心を問題にするのは「それ自体としてでなく、結果の挺子としてのみ重要」(6)であるにすぎない。道徳も外的結果を考察するが、それはいかなる心情の表現であるかの証明手段として重要であるにすぎない。即ち、法と道徳は「関心方向（Interessenrichtung）」(7)を逆にするのである。(8)この法哲学的根拠と関連する法治国の要請も行為刑法にとって重要な意義を持つ。行為刑法の必要性を人間の内心の立証上の困難性から指摘するだけでは充分でない。というのは、通常、法廷では行為者の内心、即ち故意、過失が問題とされるからであり、又、近代科学の発達によって麻酔分析等の手段で、何等、外的態度に及ばずとも判定可能であり得るかも知れない。(9)犯罪徴表説の論理的帰結はそれを許容するものであろう。(10)それにもかかわらず、行為を要求するものは何故か。それは、単なる内心だけではその社会的害悪の微少のために刑罰をもって制裁することの、即ち、国家権力の法的干渉を正当化することはできないとの近代市民社会の法的確信に基づいている。(11)行為者の潜在的危険性を行為の現実的危険性の前面に置くことは国家権力による心情統制を許す危険を有するものであって法治国思想とは背反するものである。(12)

法哲学的要請と法治国思想からの要請を基礎とする行為概念は犯罪論体系との関連では行為と非行為（従って非可罰）の区分する機能即ち、選別機能を果たさなければならない。同時に、違法性、有責性メルクマールを担うものでなければならない。この意味で行為概念は秩序概念（Ordnungsbegriff）あるいは機能概念（Funktionsbegriff）でな

ければならない。[13]

本稿は構成要件から独立した一般的行為概念の樹立を試みるものであって、第二章では従来の行為概念をその選別並びに体系機能の観点から批判的に検討した後、第三章で「存在論的行為概念」の展開を試みる。[14]

(1) Vgl. Jescheck, Lehrbulr des Ssratrechts, 1969, S. 135 ff., derselbe. Die Entwicklung des Verbrechensbegnffs in Deutschland seit Beling in Vergleich mit der Osterreichischen Lehre, in : ZStrW 73, S, 179 ff.

(2) 「行為」「構成要件ないし侵害性」「違法性」「責任」とするものに、Kohler, Leitfaden des deutschen Strafrechts, 1912, S. 25 ff. 滝川「犯罪論序説」昭和二一年、一五頁以下。牧野「刑法総論上巻」昭和三三年、二五九頁以下。泉二「刑法大要」昭和一七年、八六頁以下。「行為」「違法性」「責任」「構成要件」とするものに、v. Liszt, Lebrbuch des Deutschen Strafrechrts, 16/17 Aufl. 1908, S. 115 ff,「行為」「不法」「責任」とするものに、Liszt-Schmidt, Lebrbuclr des deutschen Strafrechts, 26 Aufl, S. 153 ff., Mezger, Strafrecht, 3 Aufl, S, 89 ff. 佐伯「刑法講義（総論）」昭和四三年、一四〇頁以下。滝川「刑法講話」昭和二六年、一五五頁以下。

(3) 「構成要件」「違法性」「有責」とするものに、M.E. Mayer, A.T. 2 Aufl, S. 78 ff. 小野「刑法講義総論」昭和二五年、八六頁以下。木村「刑法総論」昭和三四年、一二五頁以下。団藤「刑法綱要」昭和四一年、七五頁以下。

(4) 小野「犯罪構成要件の理論」昭和四四年、五七頁。

(5) 平場教授も「構成要件該当とは或るものが構成要件に該当することであり、その或るものと構成要件が当然分析されねばならない。…違法、有責の評価をうけるのも構成要件ではなくして、構成要件に該当するこの『あるもの』である。」とされる。「刑法における行為概念の研究」昭和四一年、三三頁注(5)。Vgl. Arthur Kaufmann, Die ontologische Struktur der Handlung, in : H. Mayer-Fertoclrft, 1966, S. 81.

(6) Rob. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, I. Bd., 1925, S. 504.

(7) Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932, S. 37.

(8) Vgl. Spendel, Zur Notwendigkeit des Objektivismus in Strafrecht, in : ZStrW 65, S. 519 ff, bes. S. 529, 530., derselbe.

Zur Neubegründung der objektiven Versuclrstheorie, in : Stock-Festschrift, 1966, S. 91., Max Weder, Politik als Beruf, in : Gesammelte politische Schriften, 1921, S, 441.

(9) Vgl. Jescheck, Lebrbuch, S. 154.

(10) もっとも、極端な行為者刑法、即ち、処罰を行為者態度、行為者心情によって判断する刑法、何等かの外的行為結節点なしに行為者の悪性の心情を理由に処罰する刑法体系は存しなかった。犯罪徴表説のテザール、コルマンの体系が法の効果を行為を結節点として行為者の性情に向けられているにせよ、行為刑法の領域内でのそれであった。Vgl. Tesar, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, 1917., derselbe, Der symptomatische Verbrechensbegrift, in : ZStrW 29. Kollmann, Der symptomatische Verbrechevsbegriff, in : ZStrW 28., derselbe. Die Stellung des Handlungsbegriffes in Strafrechtssystem, 1908. なおコルマンは後には行為概念の大概念としての地位を認めることになった。derselbe. Dor Handlunysbegriff als Grund-lage der herrschenden, insbesondere durch v. Liszt vertretener Strafrechtssystematik, in : v. Liszt-Festschrift, 1911. Vgl. Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht I.Teil, 1939, S. 123 ff.

(11) この市民法的要請は既に自明の理とされているのか、実態的に言及している文献はあまり多くない。参照、伊達「刑法入門」昭和三七年、三三頁。小野「犯罪構成要件の理論」四八頁、五八頁。Jescheck, Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogme-ngeschichtlicher Entwicklung, : Eb. Schmidt-Festechrift, 1961, S. 141.

(12) Vgl. Spendel, Zur Neubegriiudung, S. 96 f., derselbe, Zur Notwendigkeit, S. 531.

(13) Vgl. Arthur Kaufmann, a. a. O. S. 88., H.Mayer, Vorbemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, in : Weber-Festschrift, 1963, S. 138., Schmidhäuser, Strafrecht, A.T, 1970, S. 145., Radbruch, Klassenbegriffe und Ordnungsbe griffe in Rechtsdenken, in : Revue internationale de la thèorie du droit. Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts. Band XII. 1938, S. 46 ff., derselbe. Zur Systematik der Verbrechenslehre, in : Frank-Fertgabe, Band I. S. 158 ff.

(14) 既にリストは、犯罪が「定種の行為であるとするとき、行為概念が確立される時はじめて、犯罪のメルクマールも完全に理解できる、「一般法理論に属するこの概念を明確化する必要性は即座に刑法学者の任務とはいえないが、犯罪の完全な認識を得ようとするとこの類概念の研究をしなければならないとして行為概念の選別機能を意識していたのであり、(v. Liszt, Rechtsgut und Handlungsbegriff in Bindingschen Handbuche, in : ZStrW 6, S. 687. なお、竹田「行為概念と行為性の限界(上)」法と経済、昭

和九年、二九頁、同「行為概念の構造」甲南法学、第五巻一、二合併号一四頁）他方、「行為概念の考察は行為の法的評価を無視しなければならないが、同時にそれに導く（hinleiten）ものでなければならない」（Lehrbuch, 16/17 Aufl, S. 120, Anm 1）としているのであって、竹田教授が「リスト＝シュミットは行為概念の方法論的意義に於ては何等論ずることなく」（「行為性の限界㈠」二七頁「構造」二七頁）とされる点は適切でない。もっとも、リストは体系的要請に失敗していることは間違いない。なお、本文と同じ意味での行為概念の機能をアルトウール・カウフマン、マイホーファーは Grundelement, Verbindungselement, Grenzelement. Arthur Kaufmann, a, a. O. S. 81., Maihofer, Der Handlungsbegriff in Verbrechenssystem, 1953, S. 7 ff., derselbe. Der soziale Handlungsbegriff, in: Eb. Sehmidt-Festschrift, S. 181. メッガーは Klassifikation, Definition Meezger, Strafrecht, J.. A. T, 4 Aufl, S. 38 f. と指摘している。Vgl. Jescheck, Lehrbuch, S. 150., derselbe, Der strafrechtliche, S, 140., Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904, S. 71 f.

第二章　因果的及び目的的行為論の検討

第一節　選別機能の考察

Ⅰ　心理的メルクマールの問題

有意性の問題

有意性のメルクマールは自然的・因果的行為概念の特徴の一つをなすものである。[1] この有意性（Willkürlichkeit）は、元来、意思によって選択された（gekürt oder gewählt）態度を意味する。[2] しかし、意識という内的世界の現実の中で確定できる事実としての有意性が欠けるが、可罰的であるといわざるを得ない人間の態度がある。ラートブルフが不器用運動（ungeschickte Bewegungen）と名称し、マイホーファーが軽卒犯（Nachlässigkeitdelikte）と名称した一連の態度がそれである。[3] ここでは、結果の目的的意図を全く無視しても、態度の因果的決定が既に欠けている。従って、因果的行為概念を維持すると、行為者は外的行動にはでたが、全く意欲していない態度を行為概念から

排除せざるを得ない。厳格な意味で有意性を維持する限り、エンギッシュの「不器用運動では、我々は常に、行為者が充分な自己規律をもてば、運動を正しく履行することができた。絶対的力で強制された、あるいは純粋な反射運動と異なって。[4]」という主張によって言葉の真の意味における有意性に代置することはできない。さらに、この有意性を、外的現象が何らかの意思刺激（Willensimpuls）によって物理的に招来された時に、心理的にも意欲されている行為であると解釈するならば、即ち、意欲された身体運動と全く異なったものが外部的に現われる時でも有意的であるとするならば、それは、単に機械的物理的意味における筋肉神経刺激伝達（Muskelinnervation）にすぎない。従って、厳密な意味での有意的とは言えない態度を有意的と認めることになる。[5]しかし、これをも、弛緩した意味での有意的態度と認めることにしても、何等、事態の解決にはならない。

例えば、母親が乳児と一緒に寝ている際、輾転反側して、乳児を圧死させた場合、どこに有意性を認めることができるであろうか。成程、通常の場合、有意性を就寝前の「寝る態度」「寝る意思」に求めることが可能である。しかし、うっかり寝り込んでしまった場合はどうであろうか。又、ビンディングが「犯罪の世界の中で、小なるものの中で、最も小なるもの」に「最大の栄誉[6]」が払われるべきだとした忘却犯の場合には、厳格な意味での有意性は勿論、外的状態に対する反応すら存しないのである。既に、メッガーも「認識のない過失不作為では、成程、何等現実的心理的現象ではないが、一定の具体的期待との関係におかれた非意欲が問題になる。[7]」として、リスト＝シュミットの不作為とは「結果の有意的非阻止[8]」であるという定義が疑いもなく可罰的たり得る忘却犯には適合しないと批難する。しかし、メッガー自身、心理的には無であるということを認めながら[9]、他方、行為の要素として意欲を要求するとき、「意欲は不作為の本質に属さない[10]」とすることと、明らかに矛盾しているのである。

認識のない過失不作為における非意欲（Nicht-wollen）は現実に存する意欲、即ち、心理的に確定できるものでは

なく、価値という社会的精神的世界での存在であって、現実の世界の中では発見することができないものなのである。従って、有意性のメルクマールは行為概念定義に際して維持できないことを意味する。[11]

この有意性概念を行為概念から排除しようととする者として、先ずヒッペルをあげることができる。彼は刑法上重要な行為に属する意思要素を意思活動としてでなく、作為、不作為の瞬間に意思活動の可能性があったということ、即ち、行為自由に求める。[12] 又、エンギッシュも有意性を「心理的、物理的に他の態度をなす状態にあった、即ち行為自由（Handlungsfriheit）を持っていたということを意味する。この自由も相対的なものであって、麻痺からの自由、強制等からの自由。[13]」に求め、ザウアーも「作用（行為）とは通常、期待され得ない社会的事実への傾向を有する人間の自由な（有意的 vrllkülich）外的態度である。[14]」とする。この立場をとることによって有意性のメルクマールは行為自由と一致することになったのである。即ち、有意性概念は人間の意欲の可能性の外的条件、潜在的有意性を意味しているのである。ここに於いて、従来の有意性の概念とは全く異なった意味内容をもつ有意性概念が得られることになったのである。[15]

目的性の問題

因果的行為論を批判して成立した目的的行為論は成程、因果的行為論の因果教条（Kausaldogma）からは解放されていた。[16] しかし、真に自然主義的考察から解放されていただろうか。というのは、ヴェルツェルが「人間は因果知識に基づいて自らの活動の可能な結果を一定範囲で予見し、だから、種々の目標を設定し、活動をこの目標達成に向けて計画的に操縦することができる。[17]」とするとき、明らかに、因果現象の知的意欲的予見の人間能力即ち、精神的範疇を問題にしているのであるが、「あらゆる作用が因果的に規定される因果連関と異なって、予見する現実化意思に取り込まれる結果のみが目的連関に属する。[18]」とするときには、心理的範疇を問題にしているのである。[19] しかも、この

後者の範疇が目的的行為概念を規定することになるのである。即ち、身体運動がそして、その結果が何らかの意思活動（Willensakt）に帰せられるという有意性概念よりも実質的に、具体的結果との心理的関係を要求する範疇が問題になっているのである。有意性は「何かが」意欲されているということであるのに対して、目的性は具体的結果が意欲されているという心理的事実を問題にする。[20] 即ち、目的的行為論が目的意識的に因果現象を操縦する意思を、外的現象を客観的に支配する結果意思として、心理的―目的的概念として使用するとき、因果的行為論以上の困難に陥る。

例えば「イスラム教の托鉢修道者の恍惚的舞踊」「アメリカ黒人の霊歌」等は心理的目的的行為論では説明がつかない。[21] ヴェルツェルが「恒常的訓練によって自動化された身体運動は行為の目的的操縦を侵害するのではなく、逆に支持する。[22]」とするが、逆に支持されないのである。なぜなら訓練、習慣によって自動化された態度はもはや計画、操縦を必要とはしないのである。[23] 心理的領域―現実的領域の二段階から成るヴェルツェルの行為論によると、意欲された、意識的に操縦された行為のみが目的的と言えるのであるから、この自動行為を説明することはできない。[24] しかし、この行為を意思行為（Willenshandlungen）の派生物（Derivate）だとして拡大され得るにしても、[25] 情動行為（Affekthandlungen）の説明で挫折せざるを得ない。怒りの発作（Wutanfall）、性的衝動、放火狂（Pyroman）による放火等がそれである。そこでは、衝動力が意識的 Ich からではなく、意識下の深みから生ずるのであって、思索的予見の領域を通過することなく、自らの操縦下にもない。[26] 即ち、行為者は行為を意識的に操縦してはいない。行為が計画者と一致しない。決意が履行によって追い越されている。情動放出（Affektentladung）は人間の深層からの爆発である。図式的に言うと「情動行為」は「考える前に為された。」「熟慮された行為（überlegte Tat）」は「為される前に考えられた。」ということになる。[27]

従って、ヴェルツェル流の目的的行為概念は徹底的に合理的人間像から出発しているが故に[28]、因果的行為論の有意性以上のものを要求することによって、多くの刑法上重要な人間態度を排除せざるを得なくなるのである[29]。

（1）因果的行為論による行為概念の内容は、意思―（因果関係）―身体運動―（因果関係）―結果と類型化することができる。（Vgl. Radbruch, Der Handlungsbegriff,）例えば、「人間意欲（Wollen）に戻りうる（Zurückführbar）外部世界における変化の作用（Bewirkung）」（v. Liszt, Lehrbuch, 4 Aufl, S. 128）後には不作為の身体性を排除することによって、「外部世界における変化の有意的招来（willkürliche Verursachung）あるいは非阻止」（Lehrbuch, 16/17 Aufl, S. 121.）と改説。「有意によって担われた身体的態度」（Beling, Grundzüge des Strafrechts, 10 Aufl, S. 20.）「結果を含めた動機づけられた意思表動（eine motivierte Willensbetätigung）」（M. E. Mayer, a, a, O. S. 102.）「意思によって担われた（willensgetragen）人間態度」（Baumann, Strafrecht, A. T, 3 Aufl, S. 166.）この他に、改説前の Radbruch,（Vgl. Der Handlungsbegriff.）並びに Zu Dohna,（Vgl. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4 Aufl, S. 14 f.）Mezger-Blei（Vgl. Strafrecht, I, 14 Aufl, S. 48 ff.）Schönke-Schröder,（Vgl. Strafgesetzbuch, 15 Aufl, S. 24 ff.）をあげることができる。この様に、因果的行為論の代表者達は行為の内部での重要な意思要素に因果機能を認めることでは一致していたが、意思概念の異なった使用の故に、責任論の領域で差異をもたらすことになった。即ち、ベーリング、ラートブルクによると、行為者の責任問題は何を意欲したかによる。故意犯では、身体運動が結果を含めて意欲される。（意思説）これに対して、リストによると、結果は決して意欲されない。ただ、結果を条件づける身体運動のみが意欲される。従って、責任論では、表象内容が問題となる。即ち、故意は意思活動に付随する表象ということになる。意思活動、因果性、結果予見の表象が故意犯には必要とされる。（表象説）Vgl. v. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, S. 141. わが国では、因果的行為説が通説の観を呈しているが、意思―身体活動の因果関係について自覚的な展開はなされていないようである。「意思に基づく身体の動静」（青柳「刑法通論Ⅰ総論」昭和四〇年、七三頁）「有意的な身体の動静」（大塚「刑法要論」昭和四四年四四頁）「意思に基づく動作」（植松「刑法概論Ⅰ総論」昭和三五年、一四頁）「意思決定に基

づく身体の運動又は静止」（斎藤「刑法講義」昭和四五年、四六頁）なお、下村「ラートブルッフの行為論」中央大学七十周年記念論文集所収昭和三十年、同「メッガーの行為論」法学新報第六二巻第十二号一九五五年参照。

(2) Maihofer, Der soziale, S. 165. ベーリングによると「行為の内的（精神的）面は身体を動かす、動かさないという意思(Wille)の中にある（有意 Willkür)。」とされ、これが通説の有意性の意味を形成している。

(3) 例えば、自動車の運転手の前に突然、子供が飛び出して来る。充分、避止あるいは制止可能にもかかわらず、驚愕のあまり、ブレーキを踏もうとしたのが逆に、加速ペタルを押し、その結果、傷害あるいは死を招来した。運転手の意思に反したあるいは意思なしの態度がそれである。Vgl. Maihofer, Der soziale, S. 164. Radbruch, Der Handlungsbegriff, S. 119.

(4) Engisch, Der finale Handlungsbegriff, in : Kohlrausch-Festschrift, 1944, S. 164. Anm 82.

(5) Vgl. Maihofer, Der Handlungsbegriff, S. 26., derselbe, Der soziale, S. 165. dagegen, Gössel Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlung, 1966, S. 113.

(6) Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Ⅱ. Bd 1, H. 2 Aufl, 1914, S. 49.

(7) Mezger, Strafrecht, I, A, T, 4 Aufl, S. 54.

(8) v. Liszt-Schmidt, Lebrbuch, 25 Aufl, S. 163.

(9) Mezger, Strafrecht, 3 Aufl, S. 136, Anm 22.

(10) Mezger, a. a. O. S. 131.

(11) 既に、M・E・マイアーは不作為は意欲された身体休止であるから（a. a. O. S. 108)、他人によって期待された、とりわけ国家によって要求された意思活動は鋭く、不作為から区別されねばならないとして、忘却犯の場合「この不活動は意思活動に基づいていないのであるから不作為ではなく、従って行為ではない。」（a. a. O. S. 109-110) 従って、意思活動のない犯罪が存在するとしているのであり、ドーナも同様に、行為の本質を意思現実化に求める時、認識のない不作為を説明できず、「これらの場合、成程犯罪は存するが行為は存しない。ともかく人間態度と言うことができる。通例を確認するのが例外現象である。」a. a. O. S. 14) とするのは、有意性を行為要素とする限り必然的帰結であった。

(12) v. Hippel, Lehrbuch des Strafrechts, 1932, S. 91.

(13) Engisch, a. a. O. S. 164.

(14) Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921, S. 425 f.

(15) ノヴァコフスキーはフォルティ（Der Gedanke der Zumutbarkeit. 1934, S. 35 ff.）、マイホーファーの影響の下に、行為概念を物理的心理的概念としてでなく、純粋に、物理的な身体的態度と定義して、従って、反射運動、外的身体強制下の運動、就寝中の運動、意識喪失下の運動を含ましめている。そして、過失犯は意思によって支配されている態度ばかりでなく、有意的に支配可能な態度も本質的たり得るとする時、明白に有意性のメルクマールを行為概念から排除している。Nowakowski, Der österreichische Strafrecht in seinen Grund züigen, 1955, S. 43 f.

(16) 目的的行為論の代表的論者として「人間行為は目標活動の履行である。」「目的性は一定の範囲において因果的関与の結果を予見し、そのことによって、それを目標到達のために計画的に操縦する能力に基づいているから因果現象を操縦する目標意識的意思が目的的行為の背骨である。」（Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11 Aufl, S. 33 f.）とするヴェルツェル及び「行為とは操縦意思によって支配された一定の結果に向けられた周囲関係的（Umweltbezogen）人間の態度。」（Maurach, Deutsches Strafrecht, A. T, 4 Aufl, S. 161.）とするマウラッハを挙げることができる。マウラッハの行為概念は構成要件論に前置される点でヴェルツェルと共通であるが不作為の取り扱いについては「何かをしないこと（Etwas-nicht-Tuns）」の「何か」は刑法規範から与えられるから行為の存在論的要素が評価的なものによって補充される。従って、不作為を包含する行為概念は法概念であると主張する点で異なる。又、ヴェルツェルは結果を行為概念に包含するがマウラッハは結果を含めない。Maurach, Deutsches, S. 161 ff. 我が国では木村「刑法総論」昭和四三年、一六六頁以下。同「犯罪論の新構造(上)」昭和四三年、一〇七頁以下。福田「刑法総論」昭和四六年、五二頁以下。

(17) Welzel, a. a. O. S. 33. Stratenwerth, Strafrecht, A. T. 1971, S. 59.

(18) Welzel. a. a. O. S. 36.

(19) Vgl. Maihofer, Der soziale, S. 160.

(20) メッガーも「刑法体系の基礎としての行為は目的的概念である。」（Vom Sinn der strafbaren Handlung, in : J Z, 1952, S. 673）ということを以前から強調していたとして、刑法的意味における行為が存するという確定のためには「行為者が自発的に（Willentlich）活動したという確実性」で充分であるとする。（Strafrecht. 1931, S. 109）ここに、自発的とは意欲と同義語であって、「個々の意思活動（Willensakt）即ち、行為者自身が自ら表象した結果の現実化に対する原因として自らを置く内的

心理的活動（einen inneren, seelischen Akt）」を意味する。（a. a. O. S. 105 f.）Vgl. Mezger, Die Handlung in Strafrecht, in：Rittler-Festschrift, 1957, S. 121. しかし、ヴェルツェルが指摘する様にメッガーの「有意性」＝「目的性」というのは「何かが」意欲されているというにすぎず、「何が」意欲されているかは「行為論」の範囲外にあるのであるから、ヴェルツェルの目的性概念とは異なる。（Vgl. Welzel Das neue Bild des Strafrechtssystems, 2 Aufl, S. 14, Anm 1）但し、ヴェルツェルと同じくメッガーは目的性概念を心理的概念として取り扱っており、その限りで両者は一致する。

(21) Hall, Fahrlässigkeit in Vorsatg, 1959, S. 14.

(22) Welzel, Das Deutsche, S. 37, Vgl. Welzel, Das neue Bild, 4 Aufl, S. 4, 福田「過失犯と目的的行為論」過失犯―昭和四四年、一一六頁。

(23) Vgl. Henkel, Der Mensch in Recht, in：Studium Generale, 1960, S. 238., Heiß, Allgemeine Tiefenpsychologie, 1956, S. 116.

(24) Vgl. Arthur Kaufmann, a. a. O. S. 112, Anm 116.

(25) Henkel, a. a. O. S. 238.

(26) Vgl. Jescheck, Der strafrechthihe, S. 148. Henkel, a. a. O. S. 237–238. Heiß, a. a. O. S. 283.

(27) Hall, a. a. O. S. 40, „Es war getan, fasi eh, gedacht", „Es war gedacht, eh gedacht".

(28) 目的的行為論が人間行為の「典型例」「理念型」にすぎないことを強調する者に、Arthur Kaufmann, a. a. O. S. 108, Maihofer, Der soziale, S. 171, Stratenwerth, a. a. O. S. 58. Vgl. H. Mayer, a. a. O. S. 159., derselbe. Strafrecht, A. T. 1953, S. 44. 佐伯「刑法講義（総論）」一四八頁。レェフェレンツも又、目的的行為論の合理主義主知主義を批判して「草案§16…所為を知識と意欲でもって現実化する者は故意に行為している。それによると、行為者は疑いもなく、行為を、結果を、因果連関を知って表象し、意欲したということでなければならない。しかし、ここには生活からかけ離れた、そして今日の心理的認識とは、統合できない行為の心理学が基礎にある。行為者が行為、結果両者の方法を展望し、熟考し、行為への決意を把握したことが前提とされる。いわゆる理性人がこれであり、草案がこれを要求しているとすると、多くの場合、行為がなされない。」と。Leferenz, Der Entwurf des Allgemeinen Teil eines Strafgesetzbuch in Kriminologischer Sicht, in：ZStrW 70. S. 33.

(29) 木村教授が「行為とは予見せられた結果を実現せんとする意識的目的的動作と解すべきである。いわゆる『即決（又は短絡）行為』（Kurtzschlußhandlung）にあっては、これを阻止する反対表象の動機化を容れる余地がない速さで決意がなされるにと

どまり、それが目的（的）行為たることには疑いがない。」（「刑法総論」一六七頁）とされるが、目的的行為論からの乖離を意味するであろう。Vgl. Maurach, a. a. O. S. 158, Welzel, Das Dentsche, S. 155.

Ⅱ　身体性メルクマールの問題

不作為の本質は既に、ラートブルフが正当に指摘している如く[1]、何もしないことではなく、何かをしないこと、即ち、法規範、道徳規範、慣習、経験等から期待された積極的行為を、換言すれば、思考された行為を為さなかったところにある[2]。但し、この期待概念は法的作為義務を意味するものではない。というのは、その場合、単に、罪刑法定主義との同語反復にすぎず、何等不作為の本質を明らかにしていないからである。この期待された積極的行為は身体的運動を意味する。従って、不作為時における身体運動（人間は常に身体的存在である）は行為者の身体作用（Körperhaftigkeit）として存在するが、行為の身体性（Körperlichkeit）としては無である。だから、ベーリングの絶対的不作為、即ち「この様にして行為の意味から抽象すると、誰かが行為をしたという確定は外面的に、即ち彼が何らかの身体運動、非運動をしたということに帰する[3]。」とすることによって「非運動の着手」という論理的矛盾を犯し[4]、さらに、行為とは「有意（Willkür）によって担われた人間態度」を意味するとして、最近、バウマンがベーリングと同様の観点から「作為、不作為には意思によって担われた身体態度が共通である、というのは、身体態度は決して積極的活動として理解されてはならない。何もしないこと（Nichtstun）もまさに拡大された身体態度である[5]。」とし、メッガーも同様に、身体態度を「積極的作為では身体運動、不作為では活動（Tätigkeit）が要求されている場合の身体的非活動（Nicht-Tätigwerden）である。この身体態度は意思活動の様な内精神的現象ではなくて、感覚的に知覚できる外部世界における現象、あるいはそれへの関係[6]」とするとき、これらの論者は不作為の本質を見遁して

いる。メツガーが不作為行為の身体性の基礎として、感覚的に知覚できる外部世界への関係を主張するとき、知覚できるものは作為しかないのであるから誤りである。[7] しかも、メツガー自身、不作為の因果性の結節点を求める際、不作為は心理的—物理的無即ち、何ら所与性がない、従って、外的結果と直接結合が無いと主張する。[8] このことは自らの拠って立つ行為論の崩壊をもたらすことを意味する。即ち、認識のない過失不作為では、身体性と結果の因果性の欠如のみならず、意思と身体性の因果性の欠如をも認めることになる。認識のある過失不作為では、心理的有、物理的無であることを意味するが、この物理的無が身体的何かになることをメツガーは身体的非活動（Körperliches Nicht-Tätigwerden）に求めるが、行為者の自体作用は不作為と構成しないのであるからこれが失敗していることは明らかである。だから、マイホーファーが「不作為行為の時点での行為者に知覚できる他の任意の活動は〝自然的〟経験にとっては何らかの身体的作為であるが、不作為の〝身体的非活動〟ではない。[9]」と指摘しているのである。さらに、メツガーは期待された行為を中間項として置かない限り、「我々の思惟の論理的、認識論的形成は完全に無内容になる。[10]」として、不作為の「身体性」の結節点を「期待された行為」に求めるが、この行為は仮設的なものであるから、現実界では無である。

従って、因果的行為論者の中でも、リスト、ラートブルフは不作為の本質を正確に認識していたということができる。[11] 即ち、リストはごく初期の有意的身体運動に代えて、「行為とは外部世界における変化の有意的招来、あるいは非阻止である。[12]」として、明確に身体性を放棄していたのである。最近では、シュレーダーも作為を有意的運動とすれば、それに対応するものは不作為においては見い出すことができないとして、不作為の本質を行為の可能性、行為の非着手の中に見るのである。[13]

さらに「身体性」メルクマールを維持することによって困難を生ずる一連の犯罪が存する。例えば、爆発物を運搬

して来た者から、暗黙裡に保管を了解する場合がそれである。厳密な意味では、身体運動と何等関係がないと言えるのである。むしろ、この所持しているという状態を支配することが可能であったということが重要なのである。又、酒気帯び運転の場合でも勿論、先行行為、即ち飲酒行為があるが、それは法的観点からすれば、運転しさえしなければ違法とはいえないのであるから、まさに、酒気を帯びながら運転するという状態が問題となるのである。(14)

(1) Vgl. Radbruch, Der Handlungsbegriff, S. 135.

(2) マイホーファーが「不作為行為は〝思考された gedacht〟現実性の領域から始めて、即ち、刑法的態度規範から生ずる期待された態度の尺度で〝身体的〟何か (etwas) になる。」(Der Handlungsbegriff, S. 19) とするとき、それは違法性の問題であって、行為論の問題と交錯していて適切でない。Vgl. Arthur Kaufmann, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen in Strafrecht, in : Eb, Schmidt-Festschrift, S. 200 ff. カウフマンもこの論文の中で「期待された作為」のメルクマールが不作為概念に対してではなく、不作為の不法に対して構成的であるとしたことに対して、Die ontologische, (S. 104, Anm 81) の論文では、法秩序（結果避止の法義務）の期待が問題になっている限り正当ではあるが結果避止一般の期待（道徳、習慣、慣習、法）は不作為概念に属するとする。さもなければ、因果現象に対する「答責性」の人的行為要素に欠けることになると指摘しているのは正当であろう。

(3) Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 14.

(4) Vgl. v. Bubnoff, a. a. O. S. 143. Jescheck, Der strafrechtliche, S. 142.

(5) Baumann, Strafrecht, S. 174.

(6) Mezger, Strafrecht, I. A. T. 4 Aufl. S. 54

(7) Vgl. Maihofer, a. a. O. S. 17 このことは「感覚的に知覚できる外部世界」の存しない真正不作為犯では明らかである。derselbe, Der Versuch der Unterlassung, in : GA, 1958, S. 289 ff.

(8) Mezger, Strafrecht, 3 Aufl, S. 136 Anm 22.

(9) Maihofer, Der Handlungsbegriff, S. 18.

(10) Mezger, Strafrecht, 3 Aufl, S. 136, Anm 22.

(11) ベーリングも「行為とは意思によって担われた人間態度が存する時それがどこにあろうと、それを操縦する意思が何を目指していようと存する。」(Die Lehre, S. 17.) とする時、身体性の欠如の可能性があったにもかかわらず、「刑法の基礎」(Grundzüge, S. 20) では最後まで身体性を維持している。

(12) v. Liszt, Lehrbuch, 12/13 Aufl, S. 124.

(13) Schönke-Schröder, a. a. O. S. 30 ff. なお、木村教授は不作為の行為性の基礎づけとして「人を殺さないという不作為は、人を殺すということを標準として、これを否定する要素を含んだ作為例えば人を殺さないで散歩するというような一定の作為、従って行為であるのが普通であって必ずしも非行為ではなく、行為であり得る」(総論一六八頁) とされるが、これは他行行為説と同じ視点に立つものであって妥当でない。また教授は、忘却犯をも目的的行為であるとして「構成要件的に重要でない結果を認識した目的(的)行為があったと解すべきである…。例えば、転轍手が飲酒していたために失念して転轍を怠った場合において、その飲酒行為は目的(的)行為に外ならない。」(総論、一六七頁) とされるが、しかし、うっかり寝むり込んでしまった場合ですら目的的行為であると言えるか疑問であろう。参照。福田、総論、五七頁注(2)これに対して、佐伯、講義、一四六頁、注(2)。

(14) 例えば、贓物収受罪(刑法二五六条)、爆発物所持罪(爆発物取締罰則三条)酒気帯び運転の禁止(道路交通法六五条)麻薬所持罪(麻薬取締法一二条)等。

第二節　体系的機能の考察

I　因果的行為論

行為概念が犯罪論体系の礎石であるとすると、それによって体系的矛盾を招来することなく、体系を整序できるかが問題となる。

違法性の問題から検討しよう。代表的な因果的行為論者によれば、違法というのは法の客観的規範に違反すること

を意味する。この法は「客観的生活秩序」であり、従って、不法は「この秩序の侵害」とされる。秩序づける法意思の対象は「何がこの秩序に適合し、何が反するか」を決定することにある。従って、法は「客観的評価規範」として機能する。[1] だから「違法性（不法）は行為と法秩序との矛盾に関する非人格的―客観的判断（unpersönlich-objektiv）であるが、責任は行為の行為者に対する帰属[2]」とする「客観的違法論」を意味していたのである。しかし、「利益の保護が規範秩序の意味であり…利益の侵害の中に違法性が働く[3]」とするとき、不真正不作為犯では直ちに困難を呈するのである。不真正不作為犯においては結果回避義務が違法性の本質的要素を構成する。だから、法令による義務（例えば、父親として、医者として等々）、契約上の義務（登山案内人等）、先行行為による義務等はすべて、一定の人（person）の社会的地位、役割を度外視しては違法性の確定は不可能であることを意味する。[4]

過失犯の領域でも因果的行為論は失敗せざるを得ないのである。因果的行為論によれば過失は常に、責任種（Schuldart）と考えられたのである。[5] 従って、因果的行為論者であるバウマンによれば、結果の避止不可能性は違法阻却事由とされるのである。例えば、子供や自殺者が自動車の前に突然、飛び込んできて、もはや適切に制止し得ないとき、違法性が阻却される。しかし、違法性阻却事由とは行為者に権利を付与することを意味するのであって、他方、被害者には法益の侵害を耐える義務の発生を意味する。「殺人の権利を与えられる！」この奇妙な結論は「結果の避止可能性」が違法性の本質を構成しているのだということを因果的行為論では考慮することができなかったところにある。従って、可能性の問題を許容性の問題にすりかえることによって不合理な結論をもたらすことになったのである。[6] この不合理な結論を避けようとして、客観的予見可能性、客観的避止可能性を構成要件該当性（違法性）で問題とすることは、因果関係論として、相当説（Adäguanztheorie）を採用し、条件説（Bedingungstheorie）の放棄を意味する。客観的結果回避義務を違法性の犯罪要素とすることは「行為に関する現実の判断」ではなく「行為者に対

する人的批難」即ち「人が為すべきであり、為すことができた様には、汝、ここで行為しなかった。」ということを問題とするのであるから「客観的不法概念」の放棄を意味する。

責任論の領域でも問題は残る。「有意性」概念はその内容を全く無視した抽象化された概念である。責任論では、認識のない過失にあっては結果の主観的予見可能性が認識のある過失並びに故意犯にあっては結果の主観的予見が心理的要素であって、これが責任実体（Schuldsachverhalt）を構成し、これに対して責任批難が可能になる。従って、責任の実質は意思内容なのである。しかし、有意性概念は全く排他的なメルクマールであって内容を包含する余地は全く無いから責任評価の結節点たり得ない。(7) 従って、因果的行為論は違法性論においても、責任論においても体系的に維持できない。

（1） Mezger, Strafrecht 3 Aufl, S. 162 ff.

（2） Mezger, Strafrecht I, 4 Aufl, S. 74.

（3） Rittler, Lehrbuch des Österreichischer Stratrechts, 1954, S. 116. Vgl. Beling, Grundzüge, S. 33 ff, v. Liszt, 12/13 Aufl, S. 141.「国家規範によって法的に保護された利益への攻撃」わが国では、利益侵害説を強く主張するものとして、江家「法規範に反するということは、法規範によって保護される社会的生活利益すなわち法益を侵害するということ」（「刑法（総論）」昭和二六年、八五頁。）滝川「刑法においては違法行為を対向せられる被害者の利益が違法の実質」（序説、八〇頁。）ノヴァコヴスキーは「行為は常にそれが法益を侵害することを理由としてのみ違法である。」（Nowakowski, a. a. O. S. 52.）という「客観的違法論」を忠実に「行為概念」に反映させている論者と言えよう。Vgl. Gössel, a. a. O. S. 97.

（4） マイホーファーはハイデガーの「存在と時間」（Sein und Zeit. Martin Heidegger）の重要な範疇である「世界内存在（In-der-Welt-Sein）」を「法内存在（In-der-Welt-des-Rechts-Sein）」として応用を試みた「法と存在」（Recht und Sein, 1954）の中で人間の実存（Mensbliche Existenz）は本質的に社会的・実存（soziale Existenz）とする。即ち、現存在（Dasein）は自己

存在（Selbstsein）ばかりでなく「として存在（Alssein）」でもあるとする。そして、この両者の連結を「客観化（Objektivation）」と名づける。Vgl. Maihofer, Der Unrechtsvorwurf, in : Rittler-Festschrift, 1957, S. 144, Anm 15. 従って、不真正不作為犯においては「保障者地位（Garantenstellung）」と「保障者義務（Garantenpflicht）」とは厳密な区別を必要とする。前者が不法構成要件要素（作為義務を根拠づける事情）を構成しその錯誤は構成要件錯誤である。後者は法的判断即ち違法性判断であって、その錯誤は禁止の錯誤である。Vgl. Arthur Kaufmann, Zum Irrtum beim unechten Unterlassungsdelikte, in : Schuld und Strafe, 1966, S. 146 ff., derselbe. Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, in : JZ. 1954, S. 653 ff. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11 Aufl, 1969, S. 219.

(5) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch, 12/13 Aufl, S. 184 ff., Mezger, Strafrecht, 3 Aufl, S. 349 ff.

(6) Vgl. Roxin, ZStrW 80, S. 701 f., Eb. Schmidt, Soziale Handlungslehre, in : Engisch-Festschrift, 1969, S. 348. Anm 15., Wessels, Strafrecht, A. T. 1970, S. 109.

(7) Arthur Kaufmann, Die ontologische, S. 93 f., E. A. Wolff, Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen, 1964, S. 19.

Ⅱ　目的的行為論

目的性概念と故意概念の相異による体系的混乱

「立法者は物理的自然の法則に拘束されるばかりでなく、規制客体に於ける一定の事物論理的（sachlogisch）構造を顧慮しなければならない、さもなければその規制は必然的に失敗する。とりわけ行為の存在論的（ontologisch）構造はあらゆる評価、規制の前所与である。行為を規範化しようとする者は行為の存在論的構造を顧慮しなければならない。立法者も人間目的活動そして、そこにおける故意の機能を変えることはできない。立法者がそれを規範化しようとする時、規制においてはそれに結びつかなければならない、さもないと規制客体を失う。(1)」として、目的性

(Finalität) を因果性と同じく存在論的概念であり、[2] 故意が目的性の本質的要素であることを主張するとき、[3] 果して、目的性概念から故意概念が得られるであろうか。

ヴェルツェルの目的的行為論の哲学的保証者 (Gewährsmann) とされているN・ハルトマンの目的連関を検討してみると、[4] 目的連関 (Finalnexus) は履行意識裡では相互に結びついているのであるから、相互に分離し、孤立化することは許されないとして、第一活動 (Akt)、時間の流れを超越した意識裡の目標の設定、将来のものの予見として。第二活動、意識裡における設定された目標からの手段の選択 (後退的決定)。第三活動、一連の選択された手段による現実化、意識裡の外の法則的過程 (rechtläufiger Realprozeß)[5] さらに、この目標設定、手段の選択、現実化の三個の活動で、意識は二度挿入されるとする。第一には、目標設定意識、第二には現実化意識。というのは、第一活動、第三活動は直接、意識から出発するからである。第二の活動は現実化に対して、第一の活動とともに狭い統一体 (engere Einheit) を形成するということによって、第一活動と結びつく。「即ち、目的構造において意識の二つの主要機能を意欲的 (wollend) 並びに行為的 (handelnd) 意識と呼ぶことができる。」と。

ヴェルツェル流の行為論の目的構造は本質的にはハルトマンの行為構造と一致している。しかし二点のずれがある。[6] その一点目は、N・ハルトマンでは前設定された目標と現実化された目標は存在様式 (Seinsweise) において異なっているにすぎず、内容の点では一致している。しかし、目的的行為論では、打撃の錯誤、[7] 概括的故意、[8] 客体の錯誤[9] の場合でも、客観的予見可能性領域、即ち、相当性の範囲内でのずれである限り、前設定された結果と異なった結果が生じた時でも目的性即ち故意を認める。ヴェルツェル流の目的的構造が刑法解釈学のために多分に修正を受けていることは否定できないであろう。[10]

より重要な相違は、N・ハルトマンは目標設定意識、現実化意識を意図 (Absicht) と同義語として使用していた

が、それに対し、目的的行為論は目的的行為意思を獲得されるべき結果を超えて、副次的結果へも拡げたことである。即ち、行為者がそれを確実（gewiß）だと考えたか、あるいは少なくとも計算した（rechnen）場合には目的構造に包含されるが、行為者がそれは発生しないだろうと信頼した（vertrauen）可能な結果は目的連関から排除される。[11] しかし、これも又、徹底さを欠いている。目的的行為意思が確実な因果性の意識に限定されるとすると、未必の故意は排除されるし、目的的行為意思が可能な因果性の意識をも含めると認識ある過失も又目的構造に含まれるはずだからである。目的的行為概念からは未必の故意をも目的性概念に含めると認識のある過失が目的的行為ではないということを説明することはできない、未必の故意と認識ある過失との区別は、ヴェルツェルによれば、可能性ある結果の非発生への信頼、木村教授、福田教授によれば「結果の発生を認容」という様に、全く情緒的なものであって、何等目的性とは関係ないからである。

この不徹底さはついては、既にエンギッシュが指摘していたのである。即ち「認識ある過失にとって特徴的な結果の非発生への希望は刑罰価値性の程度についてのみ異なっていて、可能な因果性の意識については何等変らない。行為構造を注視すると、未必の故意と認識ある過失は同じである。ただ、責任段階が異なる。[12]」として目的性は認識のある過失にも拡大されるとするのである。[13]

従って、目的性即故意という図式が維持されるためには目的性概念に何等かの情緒的要素を加える必要があったのである。実際、ヴェルツェルが認識のある過失と未必の故意を、両者ともに副次的結果の発生を意識し、目的的被覆決定、意思による因果過程の操縦は共通なのにもかかわらず、一方では、行為者は結果をどうでもよいと考えており、他方では、その不発生を希望していることによって区別する時、目的的行為論の故意概念は「犯罪的結果への一定の情緒的態度によって性格づけられた目的性[14]」という付加的要素に基礎を置いていることになる。だから目的性概

念の知的要素、意思的要素の区別だけでは不充分であって、情緒的要素が加わって故意概念が形成されているとしなければならない。しかし、このことはヴェルツェルの主張する存在論的範疇としての目的性概念とは何等関係のないことを意味するのである。

ヴェルツェル流の目的的行為論者と違って、ガラスはこの事態を正確に認識していたということができる。[16] 彼は故意は心理的概念であって、不法の意識を包含する悪意とは異なる、他方、目的性概念については行為目標への関係のみを、行為の衝動契機（Antriebsmoment）のみを包含する結果の意欲即意図に限定することは可能であるとしながらも、[16] 行為は意思の現実化であるとする行為の主観的意味の観点からは狭すぎるとして、意思活動を引き起す表象ばかりでなく、行為者が行為しながら考慮する全体の行為像（Tatbild）も含めて「この像が獲得されるべき結果と並んで、獲得されるべき結果の必然的なあるいは可能な帰結として、又は、可能な二者択一的結果として表われるそれ以上の結果あるいは行為状況（Handlungsmodalitäten）をも含むとすれば、これらも行為の目的的内容に属する。[17]」とする。だから、ガラスによると、可能な望まれない結果の表象にもかかわらず、望まれた目標へ自らの作為を操縦する場合、望まれない結果も、元々、操縦の範囲に属し、それが実際に発生した場合には行為者の業（Werk）であって、盲目的招来の出来事ではないとする。そうなると、目的性の概念は認識ある過失にまで拡大されることになる。ガラスは未必の故意と認識のある過失の区別は動機評価、心情評価にあるとする。その行為が結果を避けることができるという希望、期待によって規定されていない場合、保護される法益や法秩序の諸要求に対して無関心を示す者が未必の故意とされる。しかし、この規準はガラス自身認めるように、行為の目的的意味には関係がない。その非難可能性の程度に関する。従って、目的性概念は故意概念よりも広くなる。ガラスはこれを美的欠陥（Schönheitsfehler）ではあるが、体系上の困難は生じないとするにもかかわらず、未必の故意は悪意と同じく、目的性の領域を

突破して、従って、不法構成要件を超えて、責任構成要件に属するとする。しかし、このことは目的的行為論の主張である故意構成要件と過失構成要件は既に不法構成要件において区別されるとすることに対しての矛盾を意味する。というのは、未必の故意は責任論の領域で確定されるからである。従って、ガラスの弁明にもかかわらず、体系上の困難が生ずると言える。

情緒的要素によって故意と過失が区別されるとすることは目的的行為論者のように故意を主観的違法要素とする立場からは絶対に許されないところであろう。実際、目的的行為論者であるアルミン・カウフマンによって情緒的要素を払拭しようとする試みがなされている。「故意は操縦意思からの避止に向けられていない限り、その発生や存在が可能なものとして計算されたあらゆる結果及び状況（Modalitäten）を含む。[18]」として結果回避処置の有無によって未必の故意と認識のある過失を分けようとしたのである。カウフマンは目標達成へ向けられた行為が同時に希望されない（unerwünscht）副次的結果の避止へと操縦される場合として二事例を挙げる。(a)副次的結果の避止へ向けられた行為が目標を確実に（sicherlich）達成するだろうと行為者が誤信した場合には現実化意思の知的要素に欠けているから現実化意思は副次的結果発生を包含しない。(b)副次的結果の避止のための処置がうまくいくかどうか行為者が疑問をもつ場合即ち、結果発生の可能性を計算している場合にも目的的現実化意思は副次的結果の避止に向けられており、この目標の到達のために手段が介在されるということに何等変らない。[19]

成程、(a)の事例では結果の回避処置をとることによって「副次的結果」は発生しないだろうと考えるのであるから結果の発生の可能性の意識に欠けることになる。従って目的性にも欠けると言える。しかし(b)の事例には疑問が残る。カウフマンは「回避意思は招来意思を排除する、勿論、行動力のある（tatmächtig）意思が問題になる場合のみ、即ち対抗要素（Gegenfaktoren）の介在が副次的結果の回避のために現実に履行される場合のみ。[20]」と説明するが結

果回避処置の成功率が非常にわずかである場合にも目的性を否定することは許されないであろう。もともと回避処置をとらなかった場合との目的的操縦に関して重要な差異は存しないからである。[21]

このことは結局、カウフマンが否定していた目的性概念を獲得されるべき目標にのみ関係づけることになる。従って、結果回避処置なる基準によって未必の故意と認識のある過失の区別することは不適切であることを意味する。[22]

しかし、故意概念を情緒的要素を混入せしめることなしに構成する可能性はなお存する。即ち、規範的な故意概念に影響された目的性概念から故意概念を得るのではなく存在論的概念としての目的性概念をそのまま修正することなく、故意概念と一致せしめることがそれである。これによれば結果の発生の可能性の認識があれば未必の故意が認められるから「認識のある過失」の存立余地はなくなる。[23] このことは既にコールラウシュが指摘していたのである。認識のある過失は存在論的には故意の一形式であるとしていたのである。[24] 未必の故意は認識ある過失とともに結果発生の具体的危険の認識を共通に有しているが（抽象的危険の認識の場合には認識のない過失が認められる）前者は結果発生の是認即ち、侵害故意が問題となっているのに対し後者は「結果によって構成された故意的危険犯」[25]が問題となるところに差異があるにすぎない。

従って、故意概念を情緒的要素を混入せしめることなしに成立させることは可能である。しかし、この故意概念を不法構成要件要素として位置づけるか責任構成要件要素として位置づけるべきかは別の問題である。

（1） Welzel, Naturrecht und Materiale Gerechtigkeet, 2 Aufl, 1955, S. 197.

（2） Welzel, Um die finale Handlungslehre, 1949, S. 7., Vgl. Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 67.「目的構造は因果性の基礎の上にある、第一の存在論的範疇は第二の範疇なしには考えることはできない。」

（3） Welzel, Um die finale, S. 28.

(4) Nicolai Hartmann, Ethik, 1926, S. 190 ff., Möglichkeit und Wirklichkeit, 1938, S. 250., Der Aufbau der realen Welt, 1940 S. 567 ff., Das Problem des geistigen Seins, 1949, S. 153., Teleologisches Denken, 1951, S. 64 ff. なお、ヴェルツェルの行為論の哲学的保証者がN・ハルトマンであることを最初に指摘したのはエンギッシュであった。(a. a. O. S. 153) もっとも、ヴェルツェル自身は否定している。(Das neue Bild, 4 Aufl, S. IX.) Vgl. Klug, Philosophie und Recht, in : C.A.Emge-Festschrift, 1960, S. 33 ff.

(5) N. Hartmann, Teleologisches Denken, S. 68 ff.

(6) Vgl. Arthur Kaufmann, Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit, in : JuS, 1967, S. 148.

(7) Welzel, Das Deutsche, 10 Aufl, S. 70. 「一定の行為客体に向けられた行為が、これに対してでなく、違ったもの、しかし構成要件的には同種のものにあたる場合、ずれた生起過程の可能性が相当因果性の領域にあり、招来された結果が構成要件的に意欲された結果と同種の場合、既遂の故意犯を認めている。同旨木村「総論」二二三頁、福田「総論」九七頁。

(8) Welzel, a. a. O. S. 71. 行為者は行為を完遂したと信ずるが、結果は行為を隠そうとして行なった行為によって生ずる場合、ヴェルツェルは意思が秘密殺人に向けられている場合、被害者の隠匿は全体行為 (Gesamthandlung) の非独立的活動 (ein selbständiger Teilakt) にすぎないから、故意の既遂犯が存するとし、他方、被害者の隠匿が憶測上の殺人の後で初めて考えられた場合、殺人未遂と過失殺人の実在競合になるとする。木村「総論」二二五頁、福田「総論」九八頁。

(9) Welzel, a. a. O. S. 72. 同旨、木村「総論」二三三頁、福田「総論」九七頁。

(10) Vgl. Arthur Kaufmann, a. a. O. S. 148, Maihofer, Der soziale, S. 171 ff., Krauβ, Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, in : ZStrW 76 S. 46.

(11) Welzel, a. a. O. S. 62 ff., derselbe. Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, 1964, S. 9, Anm 17. 木村教授も「結果発生の可能性を認識し、その結果が発生しても構わないとして結果の発生を認容した場合が未必的故意である」(「総論」二一〇九頁) とされる。福田教授も「未必的故意は、結果発生の可能性を認容したばあいであり、認識ある過失はそうでない場合、すなわち、自分の技倆、幸運等を過失して結果の発生を否定したばあい」(「総論」九二―九四頁) とされる。

(12) Engisch, a. a. O. S. 155 f., derselbe. Zur „Natur der Sache" im Strafrecht, in : Eb. Schmidt-Festschrift, S. 103 ff.

(13) Vgl. Bockelmaun, Über das Verhältnis uon Täterschaft und Teilnahme, 1949, S. 24, Anm 44.

(14) Nowakowski, Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, im : J Z, 1958, S. 339. なおシュトラーテンヴェルトも未必の故意と認識のある過失を希望しない副次的結果が発生しうるという可能性を「まじめにうけとる (ernst nehmen)」が、にもかかわらず行為するかどうかによって区別しようとするがこれに対してもヴェルツェルに対するのと同じ批判が妥当する。Stratenwerth, Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit, im : ZStrW 71. S. 55 f.

(15) Gallas, a. a. O. S. 42 ff.

(16) 目的性概念は認容されるべき結果のみを包含するとするものに Hardwig, Die Zurechnung, Ein Zentralproblem des Strafrechts, 1957, S. 86 ff. Schmidhäuser, Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmal im Strafrechtssystem, in : ZStrW 66, S. 34.

(17) Gallas, a. a. O. S. 43.

(18) Armin Kaufmann, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, in : ZStrW 70, S. 86.

(19) Armin Kaufmann, a. a. O. S. 74.

(20) Armin Kaufmann, a. a. O. S. 74.

(21) Vgl. Roxin. Täterschaft und Tatherrschaft, 2 Aufl, 1967, S. 188 f.

(22) Vgl. Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1961, S. 169., Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 185., Stratenwerth, a. a. O. S. 61.

(23) Vgl. Schmidhäuser, Der Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuesten Rechtsprechung des BGH und in § 16 Komm. Entw. StGB Allg. Teil 1958, in : GA 1958, S. 179., derselbe. Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit, in : GA 1957, S. 312 ff. Schröder, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriff, in : Sauer-Festschrift, 1949, S. 244 f.

(24) Kohlrausch, in : Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, Bd I, 1910, S. 196., Vgl. Arthur Kaufmann, a. a. O. S. 154, Anm 169.

(25) Arthur Kaufmann, a. a. O. S. 154.

因果的行為論の代表者たるラートブルフが作為と不作為は甲と非甲の関係にあって、その上位概念を形成することはできないという結論を彼自らの存在論的構造から得たのと同様に、行為と不作為の行為面での統一を放棄したのがアルミン・カウフマン流の目的的行為論なのであった。[1] この不作為論は種々の問題点を含むものであるが、本稿の関心事たる体系的考察に限定する。

カウフマンによると、不作為は行為自体を否定するのではなく、一定方向の行為を即ち、全く具体的な行為を否定するのであるから、不作為の概念は常に、一定の考えられた行為（gedachte Handlung）に関連する。そして、この不作為された行為は常に、目的的行為として把握される。[2] しかも、不作為の概念は不作為が一定の人間に帰属する（Zurechnung）（非技術的意味）ということを意味内容としてもっている。だから、不作為は行為の非存在ではなく、一定の主体における行為の非存在、行為の非着手（Nichtvornahme）である。しかし、不作為の概念が一定の人間の一定の行為にすぎないとすると、不作為連関は無限に拡がる。そこで、可能性概念を必要とする。カウフマンはこれを「行為能力（Handlungsfähigkeit）」概念に求め、不作為のメルクマールとした。この概念要素として「物理的行為可能性（Die physische Handlungsmöglichkeit）」と目的操縦への能力即ち、潜在的目的性（potentielle Finalität）をあげる。この潜在的目的性があるといえるためには認識基礎（Wissensbasis）を必要とする。即ち、獲得されるべき目標の認識、あるいは目標を可能だと考えることが一行為が作用すべき客体の一具体的行為能力の不可欠の前提となる。目的的操縦は把握された目標からのみ計画され過程へと設定される。目的的操縦はさらに、認識された目標の達成のための適切な手段の挿入を要求する。そこで、この手段の認識も行為能力に属するかという問題が生ずる。カウフマンは手段選択は既に目的的操縦の一部であるからとして否定する。[3]

従って、カウフマンの行為能力概念は意思現実化、即ち行為自由（人間は意欲したものを為すことができる）と意

思自由、即ち現実化意思（行為者の支配内にあるものを意欲することができる）から成る複合概念であることを意味している。[4] だから、行為論と責任論を包含する概念なのである。行為能力即潜在的目的性を行為者個人の心理的、主観的状態から純粋に自然的に規定するから、行為者自身の潜在的目的性が欠ける場合に、その地位その状況（違法性の問題）にある人ならば結果を避け得る時でも、違法性や有責性は何等問題とならず、そもそも不作為ではないということになる。例えば、医者が患者の病名がはっきりとは判らない。従って行為目標が確定できない場合、医者が有効な手段を行使しなかったことは不作為とはならないという常識では耐え難い帰結に陥る。[5] しかも、不作為において法義務の発生のためには行為事情の認識を要求するということは論理必然的に作為犯においても不作為を根拠づける行為事情の認識を要求することになって救い難い体系的混乱を招来する。[6]

体系上、最も重視すべきは行為能力が不作為概念の要素となったのに反し、責任非難としての「動機統制可能性（Motivationsmöglichkeit）」が不作為概念から区別されたことである。カウフマンはN・ハルトマンを引用して「意思は不自由な行為で自由たり得る。行為は不自由な意思において自由たり得る。…前者はその極端な限界例を到達できないものへの無力な憧憬に、後者はそれ自体、容易に到達できるものに直面しての意思萎縮、決意無能力、道徳的臆病の中にある。[7]」だから、あらゆる必然的知識、精神的能力が存在するにもかかわらず、行為判断に至らない場合、責任問題にとって重要な事はともかく、行為能力、外的行為自由の問題にとっては関心のないことであるとする。従って、威嚇によって不作為へ強制されている者は彼が行為へ強制されている時に目的的に操縦しているのと同様に行為能力はある。又、責任無能力者も彼が行為することによって目的的操縦への能力を示すのであるから、目的的に行為することができることには疑問がないとして、しかも他の為されていない行為との連関でも、そのための物理的知的諸前提を提示し、行為の貫徹のために必要な意思力を有している限り行為能力はあると。そして、行為能力

と動機統制可能性の区別の理由について、必然的ではないにしろ、通常、何かが目的活動的に作用され得たかどうかが問われ、しかる後、動機統制可能性があったかどうかが問われるから、目的性（事実故意）あるいは潜在的目的性が確定された場合にのみ規範適合的な動機統制可能性の問題が生ずると。しかも、行為能力は可能性という範疇の意味における行為の存在可能性を意味するのではなく、人間の心理的物理的性状から周囲の所与との関連で推量される人間の属性のことであると。

このことは、責任の問題が動機統制可能性のみを残すことを意味する。カウフマンも明確に「我々は非難可能性の諸前提を潜在的目的性の概念の中に取り入れることになるというのは、我々は周知の様に、責任非難の基体として他の行為の可能（Andershandelnkönnen）ということを挙げる。そしてこの可能性は即座に、命令された行為に関して行為可能として現われる。ここに我々が見た様に、行為能力の要素が時には全体で、…しかもほとんど常に、部分的に責任へ置かれるということの根拠の一つがある。しかし、ある他の行為の可能性は…規範適合的動機統制への能力にのみ関係する。即ち、特殊な意味を有する動機統制可能性。現実化すべき一定の行為は具体的能力の意味における潜在的目的性とは何等関係ない。」[8]と。

従って、他の行為の可能性の個人的能力は行為能力との関連で不作為概念に取り込まれることになるから、初期の目的的行為論が過失構成要件論において違法性、有責性を非分離のまま取り扱い、体系上の混乱を招来したのと同様に[9]、責任非難の前提か不作為概念要素となることによって、先に指摘した様に、行為者個人には避けることはできない不作為も又存在するのだということを見逃がしており、しかも、動機統制可能性のみを責任論の問題とすることは責任概念の無内容化を導くものとなった[10]。だから、潜在的目的性の概念の完全な主観主義化及び心理主義化は命令説が陥ったのと同様、違法論の前に責任論が置かれるという体系上の混乱を生じさせるのである[11]。

（1）ハルトヴィッヒもカウフマンの大学教授資格論文「不作為の解釈学」（Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. 1959）を評して「この作品は行為と不作為は何等の共通する上位概念をもたないというラートブルフの主張の例証以外のなにものでもない。」（Hardwig, Vorsatz bei Unterlassungsdelikten, in：ZStrW 74, S. 27.）とするものもその根拠は方法論上の同一性に求められる。Vgl. Androulakis Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963, S. 9.

（2）Vgl. Armin Kaufmann, a. a. O. S. 27.「目的的行為論者にとって、不作為の関係点は目的的行為のみであること、意思現実化の欠陥（das Fehler einer Willensverwirklichung）が行為の不作為と言うことが許されるということは自明のことである。」と。

（3）なお、アルミン・カウフマンの不作為論の詳細な紹介としては、金沢「不作為犯の講造Ⅰ-Ⅱ」（広島大学政経論叢第一五巻一、二号）の他に同「不作為の因果関係」（広島論叢第一五巻四号）「不作為犯における故意および過失」（広島論叢第一六巻第五・六号）参照。

（4）N. Hartmann, Ethik. 3 Aufl. S. 639-640, Vgl. Lampe, Die Problematik der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen in Strafrecht, in：ZStrW 79, S. 486 f.

（5）Vgl. Engich, JZ, 1962, S. 190. 金沢教授はジフテリアという認識を欠いた医者の場合「ジフテリアを治療するために血清注射をするという具体的行為は、子供がジフテリアにかかっているという事情を知ることによってはじめて具体的に可能となるから…この具体的行為に関しては行為能力がない」（「構造」Ⅱ一一頁）とされ、そもそも不作為ではないとするが、この様な結論が法常識的に許されるか大いに疑問である。Wer nichts weiß, ist nicht verpflichtet！（Baumann, Grundbegriffe und System des Strafrechts, 2 Aufl, S. 62）

（6）Vgl. Baumann, a. a. O. S. 51.

（7）N. Hartmann, a. a. O. S. 640. Armin Kaufmann, a. a. O. S. 38.

（8）Armin Kaufmann, a. a. O. S. 40.

（9）Vgl. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, in：ZStrW 58, S. 553 ff.

（10）責任概念の無内容化の影響を及ぼしたのはツー・ドーナが最初であった。（Vgl. zu Dohna, Der Aufbau, S. 11, 22, 39）彼は「評価の客体（Objekt des Wertung）」と「客体の評価（Wertung des Objekts）」を厳密に区別した。客観的構成要件では

行為、不作為が問題となり、主観的構成要件では故意、過失が問題となる。これらが「評価の客体」を構成する。この思考様式は新カント学派の存在と当為の厳密な区別に対応する極端な規範主義によるものといってよいだろう。この構造を受け入れたのがヴェルツェルなのであった。彼は責任概念から主観的精神的要素（Real- Sinnhaftes）を排除して、非難可能性（Vorwerfbarkeit）（Relation）の基準のみを残した。（Vgl. Welzel, Das Deutsche, 10 Aufl, S. 135）しかし、この責任は非難可能性であるとすることは実際には同語反復にすぎないことは、既に、ローゼンフェルトが指摘している。「責任を非難可能性としてのみ（Vorwerfbarkeit oder Tadelhaftgkeit）理解すること、この説明は内容的には、我々に何も提供していない。それは同語反復になる。というのは、根本において答責的（verantwortlich）に成り得る場合にのみ答責的になるということしか言っていない。」と。（Rosenfeld, Schuld und Vorsatz im v. Liszt'schen Lehrbuch, in : ZStrW 32, S. 467.）同様の趣旨でツィムマールも「定義されるべきものか定義の中に入る責任概念の定義…かかる定義は定義への無能の自白を意味している。」と。（Zimmerl, Aufbau des Strafrechtssystems, 1930, S. 168.）従って、責任概念で問題となるのは、非難とか非難可能性とかいった形式的（formal）なものではなく、非難されるべき対象は何か、何が義務違反であったのかという主観的責任要素、客観的責任要素という実質的（materiell）なものの探究に向けられるべきである。実際、ヴェルツェルは違法論の段階では実体概念としての不法（Unrecht）と関係概念としての違法（Rechtswidrigkeit）を区別しているのである。（Vgl. Welzel, Das neue Bild, 2 Aufl, S. 15 ff.）（もっとも、ヴェルツェルは消極的構成要件要素は構成要件の問題ではなく、違法性の問題であるとはしているが。Vgl. Welzel, Das Deutsche, 11 Aufl, 80 ff.）にもかかわらず、責任概念のところでは、単に形式的なものにとどまっている。このことの原因は責任概念を基礎づけるものを行為論で問題にするからである。従って、原理的に目的的行為論によっては責任を基礎づけることはできないということを意味する。Vgl. Arthur Kaufmann. Das Schuldprinzip, 1961, S. 174 ff., derselbe. Die ontologische, S. 94., Maihofer, Der Unrechtsvorwurf, S. 163 ff., derselbe. objektive Schuldelemente, in : H. Mayer-Festschrift, S. 189 ff., E.A. Wolff, a. a. O. S. 19. Anm 7.

(11) Vgl. Maihofer, Der soziale, S. 175.

「過失犯の違法性は…単に法益侵害という結果惹起（結果の無価値）につきるものではなく、さらに、行為遂行が客観的注意に違反していること（行為遂行の不適切性―行為の無価値性）に求められなければならない。[1]」だから「過失犯は構成要件該当の結果以外の結果に向けられた目的的行為によって実現されるものであるとする目的的行為論の見解は、過失犯の構造の正しい認識を可能にする。[2]」と目的的行為論者は主張するが果たして正当であろうか。

成程、ヴェルツェルが主張する様に、現実の目的的行為が重要である場合がある。即ち、「目標表象による行為の統制、指導に際しては、窮極目標ばかりでなく、中間目標も、即ち、行為遂行における個々の活動（Aktschnitte）を考慮する…過失的行為では成程、通常、窮極目標は法的に重要ではない、しかし（全体の）行為遂行が法的に重要でないわけではない[3]」として、ヴェルツェルは次の様な例をあげる。「近くにある場所へ急いで到達するというAの目標は、勿論、法的に重要ではない。しかし、彼が目標を現実化するための態様、即ち、行為の個々の活動を操縦した態様、具体的には見通しのきかないカーブを左に切ったということが反対方向からの自動車との衝突の高度の危険の故に法的に重要である…。[4]」と言うとき、「カーブを左に切る」という作為が周囲の状況から判断して、許された危険の限界を超えた危険な作為であり得ることは確かである。[5]しかし、「危険な作為」とは何から得られるのか。過失犯の行為の無価値の面は客観的注意義務侵害（違法性の問題）、換言すれば、この地位、役割にある者なら結果招来を避けることができるから、結果回避の作為あるいは不作為義務が課せられるということが過失犯の本質を構成するのである。即ち、過失犯において結果の無価値のみならず、行為の無価値も重要であるという意味は法規範が現実の目的的行為と比較して、心理的緊張、並びに作為、不作為を要求するということなのである。従って、危険な作為は現実の目的的構造から得られるのではなく、法規範から得られることを意味するのである。[6]しかも、結果を単に客観的処罰条件と解するならいざ知らず、[7]過失犯の本質的構成要素であるとするなら、認識のない過失は如何にしても目

的的行為構造には取り込め得ないのである。

さらに、過失犯では目的的行為態様すら問題にならない場合があるのである。例えば「通常の速さで運転していた者が、突然、歩行者が飛び出してきたので、制動機を踏もうとしたが、驚愕のあまり加速器を踏んで人と衝突する」とき、驚愕以前の手段の選択、態様の点は何等違法ではない。過失犯の法的対象はこの驚愕以後であるが、この決定的瞬間には目的的行為から非目的的行為になっているのである。ここでは、行為の目的的面、従って、意思内容は重要ではなく、因果的連関が重要なのである。このことは又、過失犯の法的評価は行為者の目的的意思と結びつかないことがあり得ることを意味するのである。[8] 従って、目的的行為概念によっては過失犯を説明できないことは明らかである。[9]

とすれば、そもそも「目的的行為論」は刑法解釈学にとって何を意味するのか。結論から言うと、限定つきの人的違法論であるということである。即ち、福田教授は「違法性においては、法益侵害＝結果の無価値（Erfolgsunwert）とともに行為の無価値（Handlungsunwert）が問題とされなければならないとする違法観（いわゆる人的違法観）を基礎としているが、こうした違法観からは、結果的側面だけでなく、行為の種類、方法、主観的要素も違法判断において考慮されなければならないから、故意犯における故意、過失犯における過失（客観的注意義務）が違法性に影響を与えるものとして主観的違法要素である。[10]」とされるが、客観的注意義務侵害は主観的違法要素ではなく、行為者の地位、状況を考慮して法規範から得られるものであって、何等、行為の目的的構造と関連のないことは既に明らかにした通りである。従って、人的違法論が目的的行為論によって基礎づけられ得るのは故意犯に限られるのである。というのは、ヴェルツェルは「あらゆる故意犯において故意は本質的不法要素である。そこから、因果的でなく目的的行為のみが不法論の存在法則的基礎を与えることができる。[11]」として、「行為は一定の行為者の作品としてのみ違

法である、行為者がいかなる目標設定を客観的行為に目的活動的に与えたか、いかなる気持からそれをしたか[12]」が不法を決定するとするからである。しかし、同時に「いかなる義務が行為者に存したか」も不法を決定するとすることは[13]、既に、人的違法論の分裂を意味しているのである。行為者における義務は全く、行為者の内心には関係なく客観的な地位に与えられるものだからである。

従って、目的的行為論は「行為の態様」を重視するという人的違法論に対し、その客観的な面ではなく、主観的面にのみ妥当するということを意味する。（主観的違法要素論の是非は別問題）だから、目的的行為論は主観的違法論に他ならない[14]。

（1）福田「目的的行為論と犯罪理論」昭和三九年、一〇九頁、同「過失犯と目的的行為論」過失犯I昭和四四年、二七頁。

（2）福田「犯罪理論」一〇七頁、同、「過失犯」二二頁。ヴェルツェルも「過失は—目的的行為論の友人においてすら—以前、その神経点（neuralgischer Punkt）であったが、それは今日、その有用性の証拠物件として証明される。」（Das neue Bild, 2 Aufl, S. 8）と主張する。ヴェルツェルが過失犯において潜在的目的性概念を放棄したことにはニーゼの批判によるものであることは周知のところであろう。Vgl. Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951.

（3）Welzel, Das Deutsche, 7 Aufl. S. 38., derselbe Das neue Bild, 4 Aufl, S. 11. なお、目的性をこの様に行為目標にではなく、行為遂行、行為手段に関係づけることによって目的的行為論の出発点が放棄されたとの批判も可能である。Vgl. Jescheck, Der strafrechtliche, S. 149., Arthur Kaufmann. Die finale Handlungslehre, S. 145 ff., derselbe. Das Schuldprinzip, S. 172.

（4）Welzel, Das Deutsche, 7 Aufl, S. 38., derselbe. Das neue Bild, 4 Aufl, S. 11.

（5）Vgl. José Cerezo, Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems, in : ZStrW 71, S. 141., Roxin, ZStrW 78, S. 220, Anm 8. なお、過失作為犯と不作為犯との類似性が指摘されるにしろ、過失作為犯の注意義務と不作為犯の作為義務の厳密な区別が必要である。類似性の過度の強調は作為犯たることの実質を没却せしめることになる。

（6）Vgl. Gallas, a. a. O. S. 42., Wolff, a. a. O. S. 14. カウフマンも正当に「過失犯において法秩序が重要だと評価するのは

如何なる目的的活動であろうか。我々は手段選択、使用における注意侵害だという答を得る。しかし、これはそもそも目的構造の一部ではない。」と。(Arthur Kaufmann, Die finale Handlungslehre, S. 149.) dagegen, Welzel, Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen, in : JZ, 1956, S. 316 f., derselbe Ein unausrottbares Mißverständnis? Zur Interpretation der finalen Handlungslehre, in : NJW, 1968, S. 427 ff.

(7) Vgl. Jescheck, Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht, 1965. S. 16 ff. イェシェックは過失犯において結果も本質的構成要素であることの根拠として(1)行為客体に対する危険が必要な注意の態様を規定する。(2)注意義務侵害は結果の中に沈澱する。(3)行為時点での結果の予見可能性。の三点を指摘している。ヴェルツェルは過失犯における結果を「偶然要素 (Zufallskomponent)」(Vgl. Exner. Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910, S. 83.) であるとして、過失犯の本質的要素ではないとする。Welzel, Das Deutsche, 11 Aufl, S. 136., derselbe. Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961, S. 20. なお、結果を客観的処罰条件であるとするものに、Armin Kaufmann, Das fahrlässige Delikt, im : Zeitschrijt für Rechtsvergleichung, 1964, S. 43 f u. 55.

(8) Vgl. Baumann, Grundbegriffe, S. 48., Arthur Kaufmann, Die ontologische, S. 95. Schönke- Schröder, a. a. O. S. 18. シュトラーテンヴェルトが行為の意味内容は「行為者が何を意欲したか」によるとするとき認識のない過失の意味規定は何によって得られるのか説明がない。目的的行為論の立場からは認識のない過失は不可罰とするのが論理的でなかろうか。Vgl. Stratenwerth, Die Bedeutung der tinalen Handlungslehre für Das Schweizerische Strafrecht, : Schwei. Z.f. Str, 81, S. 185 u. 205. なお、ヴェルツェルは主観的予見可能性に関連して、認識のない過失の責任非難は結果発生の(行為者に認識可能な)可能性との関連における認識されはしなかったが、行為者には認識可能な客観的注意侵害の中にあるのに対して、認識のある過失では可能な結果の不発生を信頼した客観的注意の意識的侵害の中に見い出すとき (Das Deutsche, 10 Aufl, S. 169.) 同じ主観的予見が故意犯では主観的不法要素を構成し、他方、認識のある過失では責任非難を構成するという分裂を示している。

(9) Vgl. Dannert, Die finale Handlungslehre Welzels im Spiegel der Italienischen Strafrechtsclogmatik, 1963, S. 111 f.

(10) 福田「総論」七七頁。

(11) Welzel, Das neue Bild, 4 Aufl, S. 29.

(12) Welzel, a. a. O. S. 29.

(13) ヴェルツェルは例として「公務員が職務の執行において非公務員と一緒にした身体侵害は公務員には（§340）非公務員（§223）より重く処罰される。」をあげるか、これは全く主観的違法要素と関係のないことは明らかである。(Welzel, a. a. O. S. 30) なお、行為者主体の主観から規定される人的違法論は心情刑法への道にあるといって過言ではないだろう。Vgl. Baumann, Grundbegriffe, S. 50.

(14) Vgl. Maihofer, Der Unrechtsvorwurf. S. 146. Dagegen, Fukuda, Vorsatz und Fahrlässigkeit als Unrechtselemente, in : ZStrW 71, S. 48 ff.

第三章　存在論的行為概念の展開

第一節　総　説

序説及び前章において既に指摘した様に、犯罪論における行為概念は犯罪論体系の礎石という任務を有する客観的帰属概念でもあることを意味するのである。[1] しかし、因果的行為論がこの選択的機能並びに体系的機能を果たせなかったのは、その抽象的還元的方法、[2] 即ち、有意性あるいは身体性という現実関係的要素のみからなる排他的な定義、[3] 単的に言うと「血の気のない幽霊（das blutleere Gespenst）」[4] によるものであった。目的的行為論も因果的行為論と同じ運命に陥ったのはその目的性概念が故意概念という素材面からなる排他的性質によるものであった。[5] もっとも、有意性や身体性そして目的性が人間行為を形成することはあり得るし、日常生活ではそれらが大部分の行為を構成していることは確かである。しかし、形式的概念規定は不可能であるとすると、体系的機能の要請に答え得る行為概念規定は現実関係性を止揚する実質的方法によって得られなければならない。従って「行為概念が…その構造において、各構成要件において始めて生ずる確定、評価の先取りを含むとすると、必然的に、一個の眺望的体系の代りに不透明な混乱を招くだろう。」と言うことは不正確であって、逆に、内容に充ちたものでなければならないのであ

る。[7] 換言すれば、違法性、有責性等々という犯罪メルクマールが、いわば、「非晶質」の形で行為概念の中に含まれていなければならない。行為概念と他の犯罪メルクマールの関係は「非晶質」と「結晶質」のそれなのである。[8]

この行為概念の考察に際して、第一に指摘できることは、この概念は「客観的帰属概念」なのであるから人の支配可能性内にある結果の帰属に限定されるべきだということである。何故なら、刑罰は処罰されるべき者に対して自発的贖罪を通して（刑罰の効果性の確保）を通じて、単に「抑圧的害悪（repressives Übel）」（応報）ではなく、再社会化（Resozialisierung）を目的とするものであるから、[9] 人間の能力、自己処理能力の限界外にあるものを人間に帰することは、およそ、刑罰の目的たる特別予防（一般予防は第二義的なものにしかすぎない）の観点からして背理と言うべきだからである。人間の支配可能性の前提となるのが客観的予見可能性即ち、客観的目的性なのである。客観的帰属論にとって、行為に内在する客観的傾向を事前に判断可能であり且つ支配可能であることが重要なのである。具体的行為者が特殊な予見をあるいは予見可能性を有していたかどうかは行為概念とは何等関係ない。さらに、この支配可能性は人間を人間として特徴づけ、あらゆる他の生物から区別するものであるから人間行為の存在論的構造の一部を構成しているのである。[10] 従って、ロクシンが行為概念を特殊刑法的なものであることを強調して「立法者が例えば、過失行為を刑法から排除しようとすると行為概念は即座に変らざるを得ないだろう。[11]」とか、あるいは、メツガーが「刑法における行為概念は徹底的に実定法概念である。[12]」とすることは行為概念の存立基盤を看過するものであろう。

人間の存在論的構造のもう一つの特徴は「精神的存在（Geistwesen）」でもあるということである。[13] 通常、因果的行為論と目的的行為論は「存在論的行為概念」構成ということで一括されている。[14] 即ち、自然主義即存在論、規範主義即価値論として対置するとき、[15] 明らかに価値的なものは存在論的構造から排除されている。しかし、この公式から

は目的的行為論が存在論的行為論であるとは言えないことを意味する。実際、ヴェルツェルが「目的性が因果性と同様に存在論的概念である。[16]」カウフマンが「目的構造は因果性に基づいている。第一の存在論的範疇なしには考えることはできない。[17]」と言うとき、自然主義即存在論の公式を適用すると、目的的行為概念は全く意味内容を有しない空虚な概念になる。[18]だから、目的性概念と故意概念とは全く異なった構造を有することになる。[19]だが、ヴェルツェルがこの両概念の一致を主張するとき、それは行為者自身からの意味付与を前提としていたのである。従って、その限度で目的性概念は価値関係的概念であったのである。だが、行為者主体からの主観的心理的行為概念規定にその限界があったのである。

目的的行為論が存在論的なものであることを認める論者は「有意味性」をも存在論を構成するものであることを認めざるを得なくなる。しかし、同時に、目的的行為論の失敗は「有意味性」の規定を行為者主体からの意味付与から解放されて、客観的意味付与によるべきことを示唆するものであった。

人間は常に「社会的接触（soziale Kontakt）[20]」によって生活を営むのであって、単なる自己存在ではなく社会的存在なのである。従って、社会現象を「行為者主体」からではなく「他人の目」から客観的、社会的に判断することは「精神存在」としての人間の属性でもある。この客観的判断が人間に可能であるということは、同時に社会的判断によって行為の意味を洞察し、それによって自らの行為を制御するべきだということを意味するのであって、「答責性」をも根拠づけることを可能にする。従って、行為の意味は社会的に規定されるべきであり、社会的判断は人間の存在論的構造を構成するものである。[21]但し、有意味性判断に際し「社会的重要な（sozialerheblich）[22]」として行為概念を規定することは誤りへ導くものであろう。というのは、この規定は既に、違法性判断を含むものであって「髪を梳ることは通常、社会的に重要でない態度である。突然、梳っている者の背後に人間が現われ、この者が櫛によって

侵害される場合、社会的重要な態度が存する、即ち、社会的行為論の意味における行為が存する。招待していない、見えない客の出現が寸前まで行為できなかったものを行為にする。[23]」という批判を可能とするからである。

行為の意味が客観的社会的に規定されるということは必ずしも、行為者主体の意思を排斥することを意味しない。未遂犯の場合には行為者の意思も規定的である。しかし、未遂犯といえども、「実行の着手」が要求されるのであって、行為の客観的傾向と行為者の意思が共規定するのである。[24]

以上の総説的見解から次の様な行為概念の叙述的事物説明が得られる。[25]「人の支配可能な態度による客観的に支配可能な社会的結果の発生。」以下さらに分節して検討してみよう。

(1) Vgl. Honig, Kausalität und objektive Zurechnung, in : Frank- Festgabe, 1930, S. 174 ff, K. Lareuz, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927, S. 60 ff.

(2) この批判は因果的行為論者であるメツガーが同じ因果的行為論者であるリストに対する批判でもあったが、しかし、メツガー自身にも妥当するものである。Mezger, Strafrecht, 3 Aufl, S. 103. Anm 9, derselbe, Strafrecht I.A.T, 4 Aufl, S. 39.

(3) Vgl. H. Mayer, Vorbemerkungen, S. 141 ff, Roxin, Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, in : Radbruch-Gedächtnisschrift, 1968, S. 260 ff.

(4) Beling, Die Lehre, S. 17.

(5) このことから行為概念の定義が不必要あるいは不可能なことを理由に刑法規範学の対象としての一般的行為論を否定する論者として、作業概念 (Leistungsbegriff) としての無価値を理由とする Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, in : ZStrW 74. S. 518 ff. その体系的価値の不毛性を理由とするBockelmann, Über das Verhältnis, S. 24., v. Bubnoff, a. a. O. S. 135 u. 149 ff, Gallas a. a. O. S. ff, Schmidhäuser, Zur Systematik der Verbrechrenelehre, in : Radbruch-Gedächtnisschrift, S. ff. 統一的、一般的行為概念の不可能なことを理由とする Radbruch, Der Handlungsbegriff, S. 143. なお小野博士が「従来の行為

論の病は、行為というものを法律的構成要件的評価以前のものとして考えることにある。私のいわゆる『裸の』行為論がいけないのである。刑法上の行為はあくまで構成要件的行為である。…行為は構成要件の枠内において、その中核的要素として論ぜられなければならない。構成要件的評価に関係のない行為などは、刑法において全く用なきものである。」（前掲書、五四頁）とされている。しかし、さらに続けて「刑法上の行為は、倫理的な主体性を帯びた行為として倫理的評価の客体となるものでなければならない。それは、…規範支配の可能なものであり、しかもその意思は倫理的規範による自己決定の可能なものでなければならない。」とされるとき、その限りで、構成要件自由な行為論を展開されているのであるから、前後、矛盾するのではなかろうか。参照。平場「行為概念の研究」三三頁、注(5)、福田「総論」四八頁、同「犯罪理論」四三頁、注(5)。

(6) Maihofer, Der Handlungsbegriff, S. 8.

(7) イェシェックも行為概念の性質として、一般的（allgemein）、中立的（neutral）区別力のある（unterscheidungskräftig）ことと並んで内容のある（sachhaltig）ものでなければならないことを指摘する。Der strafrechthiche, S. 141., derselbe. Lehrbuch, S. 150.

(8) H・マイアーも適切に次の如く指摘している。「後に来るすべての要素（構成要件該当、違法、有責）の基礎にある実質的行為概念への論理的関係は行為概念自体の中に既に存在する概念契機のより詳しい規定の関係であって、それは名もないメルクマールから各のあるメルクマールになる。」と。Vorbemerkungen, S. 146. 参照。中村「刑法における行為概念の意味・機能」法学研究三七巻三―四合併号。

(9) Vgl. Alternativ- Entwurf eines Strafgesetzbuches, A.T, 1966, S. 71., Arthur Kanfmann, Die finale Handlungslehre, S. 146 なお、平野「ドイツ刑法の改正」概観ドイツ法一九七一年、二八二頁参照。

(10) Vgl. Artur Kaufmann, Die ontologische, S. 114 ff., Maihofer, Der soziale, S. 170.

(11) Roxin, Zur Kritik, S. 516., dagegen, Welzel, Vom Bleibenden, S. 11 Anm 21.

(12) Mezger, Die Handlung, S. Mezger- Blei, Strafrecht, I.A.T, 11 Aufl, S. 50. なお、大塚教授も行為概念を実定法的要請であるとされる。「行為論」刑法講座二巻、二頁。

(13) Vgl. Henkel, a. a. O. S. 239.

(14) 大塚、前掲書、一五頁。

(15) Sauer, Grundlagen, S. 38. イェシェックも目的性、因果性、行為期待（この相互関係は必ずしも明らかでない）を評価的なものによって統一しようとするのも同一思考様式である。Lehrbuch, S. 153.

(16) Welzel. Um die finale, S. 7.

(17) Armin Kaufmann, Die Dogmatik, S. 67.

(18) Vgl. Roxin, Zur Kritik, S. 525.

(19) Vgl. Roxin, a. a. O. S. 525. ロクシンは次の様な例をあげる。誰かが物を奪う。その物は誤った法的考慮によって自分のものであると考えていた。因果的連関はここでは徹底的に操縦されている。行為者は持とうとした物を目標確実に摑む。外的現象は微細に至る迄行為者の計画に対応している。しかし、ここには故意は認められない。

(20) Eb. Schmidt, Soziale, S. 340.

(21) 大塚教授は「行為概念をみちびくためには、行為を不行為から区別するための判断を経ることは当然であるが、それは刑法的判断でなく、一般の社会観念にもとづく事実判断でなければならない。」（「行為論」一五頁）として「価値論的な社会的行為概念の立場は…方法論的誤謬を犯している」（一六頁）としながら、不作為の説明では「社会的意味における存在性をもつ」（一八頁）とされることは、実質的には存在論的範疇を有意性にも拡げたということを意味する。とすれば、教授の社会的行為論への批判は適切でない。というのは、社会的行為論も大塚教授の意味での存在論なのであって刑法的価値判断（違法性、有責性）を含むものではないからである。Vgl Engisch, Der finale, S. 160., derselbe. Vom Weltbild des Juristen, 1950. S. 38. Arthur Kaufmann, Die ontologische, S. 83 ff.

(22) Jescheck. Lehrbuch, S. 153.

(23) Baumann, Strafrecht, S. 189., derselbe. Grundbegriffe, S. 49.

(24) Vgl. Arthur Kaufmann, Die ontologische. S. 115., Eb. Schmidt, Soziale, S. 344. なお、ヴェルツェルが未遂犯について「故意犯はここにおいては、一義的に構成要件メルクマールである。それなしには外的現象の構成要件該当性は確かめられ得ない。…故意が未遂犯において構成要件に属し（Zum Tatbestand…gehört）、責任にはじめて属するのではないとき未遂犯が既遂の段階に移行した時でも同じ機能を故意は有しなければならない。」（Welzel, Das Deutsche, 10 Aufl, S. 57., derselbe. Die deutsche strafrechtlihe Dogmatik der letzten 100 jahre und die finale Handlungslehre, in: JuS, 1966, S. 422.) Vgl. Gallas,

a. a. O. S. 35. Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, S. 21., 福田、Vorsatz und Fahrlässigkeit als Unrechtselemente, in: ZStrW 71, S. 38. ff. とするのは行為概念と犯罪メルクマールの論理的関係を誤っているのである。本文において指摘した様に、構成要件自体、違法性自体、責任自体というのは存しないのであって、犯罪概念を構成するこれらの要素は「擬似メルクマール（Quasimerkmale）」にすぎないのである。従って、故意は不法構成要件あるいは責任構成要件の下で考察されることが可能なのである。Vgl. Bockelmann, Über das Verhältnis., S. 40, derselbe. Strafrechtlihe Untersuchungen, 1957, S. 67 ff. Arthur Kaufmann. Das Schuldprinzip, S. 183 f., Lange, ZStrW 63, S. 501., H.Mayer, Dio folgenschwere Unmäßigkeit (§ 330 a StGB) in: ZStrW 59, S. 299.

(25) 行為概念の厳密な定義は不可能であることについては Vgl. Arthur Kaufmann, Die ontologische, S. 87 f.

第二節　社会性のメルクマール

行為概念規定において「社会性」メルクマールを強調するのが、いわゆる「社会的行為論」である。この行為論はザウアーの「作用（行為）とは通常、期待され得ない社会的事実への傾向ある人間の自由な（有意的）外的態度[1]」、エーベルハルト・シュミットの「行為とは社会的外部世界に対する有意的態度[2]」、エンギッシュの「行為とは…計算可能な社会的に重要な結果の有意作用[3]」を経て、マイホーファーの「行為とは客観的に予見可能な社会的結果への関連における客観的に支配可能な態度[4]」によって、決定的に前進させられることになった[5]。

しかし、何故に、行為の社会的意味が強調されることになったのか。それは「勿論、行為概念の考察は刑法学者の観点からなされる。それは先ず、行為の法的評価を無視しなければならない、しかし同時にこれに連なる(hinleiten)ものでなければならない[6]」としながら、同時に、行為概念を自然主義的に規定する時、行為の社会的意義は完全に没却されていたからである。既に、ラートブルフはこのことを指摘して、侮辱罪の例をあげ、喉頭運動―音波刺激―

聴覚刺激―脳髄現象という具合に規定する場合[7]、その最も本質的なもの、言語の意味、侮辱の社会的意義が完全に没却されるとしていたのである[8]。というのは、法の素材は、「社会的な概念を介して前形成された所与である」からである[9]。法規範は社会的事象に対して、それに規定されながら適用されるのである[10]。

社会的有意味性を因果的行為論が無視していたという批判は目的的行為論に対しても可能である。過失犯の有名な例、致死的に作用するモルヒネ注射を不注意によって患者に注射し、そのことによって死を招来しても、看護婦は「目的的注射行為」をしているが「目的的殺人行為」はしていないと[11]。即ち、目的的行為論によれば、行為者の主観的心理的目的的構造が行為の構成要素を為す。だから、目的的行為は特定時の意思内容によってその意味が変更する。だから、看護婦は注射行為をしているが殺人行為はしていない[12]。しかし、殺人行為でないものが何故に「過失殺人罪」で処罰されるのか。目的的行為論者は純粋に、言葉上の問題にすぎないと説明する[13]。即ち、この場合、結果からの規定によって「殺す（töten）」とは言えるが、行為を構成する意図（Intention）から規定される「殺人行為（Tötungshandlung）」とは言えないと。しかし、過失犯の行為性格の目的性が法的に重要でないとすると何故に、違法、有責の刑法的評価が注射行為に結びつくのか全く説明がない[14]。

法規範は社会現象を考察の対象とするものであり、その社会現象は個人の主観的心理的なもののみによって規定されるのではなく、「社会人」から見た事象でもある。社会的有意味性（Soziale Sinnhaftigkeit）がこれである。ヴェルツェルが「社会的行為論によって目的的行為論を攻撃する時行為を社会的現象として理解することは、当初から目的的行為論の関心事であったとすることが今日、忘れられようとしている。しかし、社会現象としての行為は目的的行為論の基礎からのみ理解されうる[15]。」とするが、事態はまさに、逆に、主観的目的的行為論の基礎からすれば「内容に充ちた社会的行為概念[16]」に到達することは不可能である[17]。

(1) Sauer, Grundlagen, S. 422.

(2) v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 26 Aufl, S. 154. Vgl. Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 75, Anm 29.derselbe. JZ 1956, S. 190.

(3) Engisch, Vom Weltbild, S. 38., derselbe. Der finale, S. 161 u. 164.

(4) Maihofer, Der soziale, S. 178, なお、「犯罪論体系における行為概念」の中では「行為とは刑法的に保護された法益の侵害の作用に向けられた人間態度」「行為とは社会的利益の侵害に向けられた態度」(Der Handlungsbegriff, S. 72) とされていた。従って、「絶対的に非有意的な感覚喪失、意識喪失の現象 (das sinn- und bewußtlose Geschen) も刑法的に保護された法益の侵害へ向けられている場合、まず第一に、刑法にとって、行為として関心がある…。」(a. a. O. S. 35.) としていた。これに対しては違法論であるという批判が可能であった。Vgl. Gallas, a. a. O. S. 14, Anm 40, a. 吉田「行為論」法学新報、第七二巻第二・三号、五七頁。しかし、その後、彼の「人的 (客観的) 不法論」の展開とともに、行為概念も本文の様に改められるにいたった。

(5) その他、「社会性」メルクマールを強調するものとして、Bockelmann, Über das Verhältnis, S. 24 u. 29., Jescheck, Der strafrechtliche, S. 150 ff., derselbe. Lehrbuch, S. 152 ff. Arthur Kaumann, Die ontologische, S. 114 ff., H.Mayer, Strafrecht, 1953, S. 41 ff. Öhler, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959, S. 72 ff., derselbe. Das qualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, in : ZStrW 69, S. 516., Wessels, a. a. O. S. 8 ff., Würtenberger「行為は社会人の (mitmenschlich) の生活領域の中で行なわれる所為現象の内部での主観客観的契機を含む複雑な社会的意味統一を意味する。」(Die geistige Situatin der deutschen Strafrechtswissenschaft, 1957, S. 54) なお、Wolff が社会的行為概念の重要性を認めながら「決意 (Entscheidung) によって形成された現実 (Wirklichkeit) としての行為は個々人の自由になっている可能性の自由な意味関係的選択である。他の可能性、それが個々人にとって真正の可能性であった限りで、決意によって無になる。」(Der Handlungsbegriff, S. 17) とするとき、自らも認める様に責任段階での行為論を問題としているのである。(Wolff. Das Problem der Handlung im Strafrecht, in : Radbruch-Gedächtnisschrift, S. 298) 従って、統一的行為概念を意味しない。なお、ロクシンも社会的行為論者として挙げてもよいであろう。Roxin, Zur Kritik, S. 561. 我が国では、米田「刑法的行為概念の条件」司法研修所創立十五周年記念論文集、下巻一六七頁以下、同「刑法における行為概念の実践的意義」司法研修所創立二十周年記念

論文集、第三巻、二八頁以下、同「法概念としての行為」犯罪と刑罰(上)一八九頁以下、同「主観的目的的行為論と体系的行為概念」判タ、二五九号、二頁以下参照。

(6) v. Liszt, Lehrbuch, 16/17 Aufl, S. 120 Anm 1.

(7) 実際、リストは侮辱罪を「空気振動の刺激、被攻撃者の神経組織における生理学的過程の刺激」(Lehrbuch, 2 Aufl, S. 107)と説明していたのである。もっとも、この極端に自然主義的な考察方法は後の版では見い出され得ない。

(8) Radbruch, Zur Systematik, S. 161., derselbe, Rechtsidee und Rechtsstoff, in : Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 17, S. 349.

(9) Radbruch, Rechtsidee, S. 350. しかし、ラートブルフが即座に、社会的所与性を構成要件に結びつけて行為概念に結びつけなかったところに論理の飛躍があった。Vgl. Welzel, Vom Bleibenden, S. 7 ff.

(10) Vgl. Eb. Schmidt, SJZ, 1950, S. 290.

(11) Welzel, Das Deutsche, 10 Aufl. S. 33 福田教授も「甲を殺す意思で甲に向かってピストルを発砲したばあい、故意の殺人行為(目的的行為)が存在するが、かりにピストルの手入れをしていたところ暴発して傍にいた甲にあたりこれを死に致したばあい殺人行為(目的的行為)は存在しないが、ピストルの手入れという目的的行為は存在する。」(「総論」五三頁)とされる。木村「総論」一六七頁、同、「犯罪論の新構造」(上)、昭和四三年、一一〇頁。Vgl. Niese, Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht, in : JZ. 1956, S. 458.

(12) 平場教授は「目的を実現すること、即ち、外界の因素を利用して目的たる一定結果達成の手段とすることこれが単なる因果的経過を超えた人間行為の本質的特殊性なのである」(「行為概念の研究」七四―七五頁)とされ、従って、「目的論的に観察すれば過失は不行為ということである」とされ、目的的行為論の立場を純粋化されようとした。同「刑法総論講義」一九七〇年、三四頁以下参照。しかし、その後、一般的行為概念を認められ、それに意思の要素を必要とされている。「行為意思と故意」犯罪と刑罰(上)二三八頁以下。

(13) Welzel. Das neue Bild. 4 Aufl, S. 13.

(14) Vgl. Arthur Kautmann, Die ontologische, S. 95.

(15) Welzel, Das neue Bild, 4 Aufl, S. 8.

(16) これはヴェルツェルの言葉である。Das Deutsche, 7 Aufl, S. 35. なお、シュレーダーも「外部世界の現象を行為として認識するためには、既に、一定の社会的評価がこの現象に付着されなければならない」(Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, 15 Aufl, S. 17) と主張するがその概念定義は因果的行為論である。

(17) マイホーファーも次の様に指摘する。ヴェルツェルがその著「因果性と行為」(Kausalität und Handlung in: ZStrW 51, S. 720) の中で「行為者によって有意味に設定され、あるいはその回避が予見可能であり、有意味に設定可能であったあらゆる構成要件的確定された結果が自己の所為として、あるいは行為として帰属され、この意味で客観的に帰属可能である」としたとき、客観的、社会的行為概念の崩芽があったが、ヴェルツェルが「人格的 (persönlich)」な能力、技能をもった主体から出発して「人 (person)」から始めなかったことが強制的に行為概念の主観化心理化をもたらしたとする。Der soziale, S. 182, Anm 60. 蛇足ながら、我が国では社会的行為論と因果的行為論の相違が必ずしも正確には認識されていないことを指摘しておきたい。例えば、大塚「行為論」によると「因果的行為概念の中には、さらに、行為をもっぱら自然科学的な視野における精神的、身体的活動とみる自然的行為概念と、社会的に意味のある有意的…すなわち、単に心理的な事象としての意思にみちびかれた挙動として理解する社会的行為概念…とを区別することができる。」(六頁) とされ、自然的行為概念＝精神的、社会的行為概念＝心理的としているのは明らかな誤りであって、事実はその逆である。しかも、精神的と心理的の範疇が明確に区別されていないから、社会的行為概念をも因果的行為概念に含めるという誤りを導いている。又「因果的行為概念において、共通して行為の要素とみられるものは、有意性 (Willkürlichkeit) と身体性 (Körperlichkeit) とであると解されている。」(七頁) とされるが、社会的行為論と自然的行為論での有意性概念の実質的意味内容の相違を無視している。身体性も社会的行為論ではその概念要素とはなっていない。又「社会的行為概念は、行為概念に規範的意味を含ませようとするものであるから、不作為をも行為と解することにさほど困難はない。たとえば、メツゲルは…」(七頁) とされるが、メツガーはその方法論が行為概念規定に何等、反映されていないのであるから、メツガーを社会的行為論に含ましめることは大いに問題のあるところである。又 (社会的行為概念によっても、厳密には、可罰的場合のすべてを行為概念中に包摂しうるわけではない。いわゆる忘却犯 (Vergeßlichkeitsdelikte)、すなわち、無意識の過失にもとづく不作為にあたるばあいには行為者の意思活動は存しないから、行為概念の標識としての有意性が欠け、行為とはいえないと解される余地がある。」(八頁) とされるが、これも有意性の意味内容の認識を欠いている。また、マイホーファーとメツゲルを同視して「行為概念の実体として、外部的な身体的挙動のみが重視されている点において、や

は り広い意味の因果的行為論の範疇に含ませることができよう。」（九頁）とされるが、そもそも、マイホーファーの社会的行為論は身体的挙動を重要視していないのであるから、それをメツゲルの因果的行為論を同一視することは誤りである。又、壮子「刑法における行為」刑法基本問題37講、昭和三九年も「自然的行為論は、意思とは神経による筋肉の支配と解し、反射運動はもとより、睡眠中または無意識における身体的活動をも自然的行為概念のうちに包含し、さらには不作為をも包含する。」（二九頁）とされるが、具体的に行為論者をあげられていない。この立場に最も近いのは、ノヴコフスキーであると考えられるが、しかし、これは自然的行為論の中でも特異な学説であって、これをもって一般化することはできない。しかも、ノヴコフスキーの定義では不作為が包含されないことは前述の通りである。さらに続けて「有意的行為論は社会的外界に向けられた有意的な挙動を行為と解することによって、反射運動や強制された動作を除外すると共にいわゆる忘却犯すなわち無意識にもとづく過失不作為をも除外する。」（二九頁）とされるが、意味するところの有意的行為論が社会的行為論を意味するとすると、忘却犯は行為概念に包摂されるのであるから、これも又、誤った指摘と言わなければならない。三〇、三一頁にも同様の誤りが見られる。この種の不正確な認識は両教授の他、青柳「通論Ⅰ」七三―七四頁。福田「総論」五〇頁、この種の誤解はおそらく、マウラッハの影響によるものと思われる。Vgl. Maurach, a. a. O. S. 145 ff.

第三節　態度の支配可能性

刑法規範は人間の支配可能の限界を超える態度を要求することは不可能である。これは人間の支配可能な態度ではあるが、特定行為の者が支配可能ではなかった態度と原理的に、区別されるべきである。前者が行為論の範囲の中にあり、後者が責任論の範囲の中にある。即ち、行為自由と意思自由の相違がそれである。例えば、道路歩行中、突然、石が飛んできたので、それを避けるために体を交したところ、隣に歩いていた歩行者を突き飛ばすことになり、その結果、道路の横の溝に落ち怪我をさせた場合、この反射的あるいは自動的な態度は人間の支配可能の範囲外にある。[1] しかし、通説によると[2]反射的態度一般が行為ではないとされるが、これに対しては疑問が提起される。即ち、正当にも「反応的態度ではなく、自発的な（spontan）行為だけを刑法上の行為概念の意味における態度と考え、目的

的行為論の立場に立つこともできるが、その際、肉体的、精神的刺激や欲求に対する反応である態度が必ずしも支配できないわけではない」として、さらに「人間は他人の面前で裸をさらすことや肉体的欲求を済ますことを恥じるし、会話中に欠伸すること、演説中に寝ること、演奏会で咳くことは非礼であることを知っている。放置しておくことは許されない。人はかかる反射的行為を抑止し、慎しみ、自己支配することを習う。何故なら、合法的な態度をとることができるにもかかわらず、反射を抑止しない時、人は合法的な態度をとることができるし、有責的に行為することができる。」とヴェーバーは指摘している様に、[3]痙攣、蒼白、発汗、嘔吐、心臓の鼓動、血液の循環、自動的反射動作、絶対的強制下の態度は人間の支配可能の範囲外にあると言えるが、就寝の動作、癲癇的発作、催眠術にかかる動作は人間に支配可能な態度といえる。[4]このことは、これらの態度による侵害に対しても正当防衛が可能であることを意味する。

人間に支配可能な態度と違った両極端に分岐した行為論を展開されるのが佐伯、竹田の両教授の行為概念である。佐伯教授は「人の態度、すなわち身体の挙動または静止」[5]「社会的に意味のある人の態度」[6]とされるが、これは教授の展開される客観的違法論との体系的連関を考慮したものと考えられるが、そうであるとすると、「人」という限定さえ必要としないだろう。即ち、佐伯教授によれば法規範は違法論の段階では評価規範として働き、この規範は受命者なき規範であるから、自然現象も又違法の評価を受け得るとするからである。[7]しかし、法規範はそもそも違法論の段階においても、社会人を名宛人とする当為規範としてあらわれるのであって、この規範は評価規範、命令規範として働き、その限界は行為可能性のところにあるのである。[8]この人的違法観と違った客観的違法論を行為概念に反映させたのが佐伯教授の行為論であったといってよいであろう。[9]しかし、あまりにも無限定にすぎよう。

「行為自由」の問題を「意思自由」の問題と混同しているのが竹田教授の行為論である。即ち「法規範の機能は、

命令規範として作用する点に本来の根本的な任務を有するものであり、この命令規範が、いかなる種類の有害危険な所為を禁止（または命令）するかを義務者に告げるために、評価規範としての機能をも行なうものであると考えるので、評価規範を決定（命令）規範から分離し、これに先行して作用するものとなす考え方は不当である……それで、法の命令禁止に適応し得る主観的要件（意思支配またはその可能性）を具備した人間の行態（作為不作為）でなければ、刑法的に意味ある行為とはなり得ない」[10]とされるが、評価規範が違法性にのみ関係し、命令規範が責任性にのみ関係するという思考自体問題を含むものではあるが、それはさておき、竹田教授の思考を図式的にすると、具体的行為者が「他の事を行為できる」「他の事を意欲することができる」ということであって、責任の問題に移行しており、そもそも、特定行為者の避けることのできない作為、不作為が行為概念から排除されることになる。トーン、フェルネック等の命令説が行為者の責任能力を違法性の前提とすることによって、責任能力のない精神病者が違法に行為し得ないことによって正当防衛もまた許されないとの結論で困難に陥ったのと同様の欠陥を有することになろう[11]。

原因において自由な行為の問題

責任主義の原理は行為と責任能力の同時存在を要求する。従って、責任無能力時の行為は処罰され得ないということになる[12]。しかし、自招責任無能力者をも処罰できないという法感情から乖離した帰結を回避するために考察されたのが「原因において自由な行為」の法理であった。即ち、自由な「原因設定時」の中に「実行の着手」を見、未遂あるいは既遂としての処罰を可能とする理論である[13]。しかし、一方において、構成要件の定型を重視する立場からは、原因設定時の行為が実行行為でもある事例は極めて稀であるということになり、事実上、故意作為犯の成立する余地はないことになる[14]。他方において、原因設定時に実行行為を容易に認めようとする立場からは「原因において自由な行為」の法理の実用性をもたらすものではあったが、通常の場合には予備行為としかみられない原因設定行為を実行

行為とするものであったから「構成要件」の機能の著るしい主観化をもたらすものであった。(16)

「原因において自由な行為」の法理は故意犯と比較して、より容易に適用が可能だとされる過失犯の場合から検討してみよう。不作為の事例として「転轍手が泥酔又は熟睡して転轍を怠って事故が生じる」場合(16)、作為の事例として「母親が転々反側して一緒に寝ていた乳児を圧死する」場合が挙げられる。(17) しかし、過失犯は結果犯であって、その結果は注意義務違反（違法性の段階では「社会人」としての客観的予見義務、結果回避義務違反であり、責任論の段階では主観的予見義務、結果回避義務違反）行為によって招来されることがその核心を構成するのであるから、不作為犯の事例では、転轍手が飲酒行為をしたことが結果との関連で注意義務違反となるのであり、作為犯の事例では、母親が転々反則することを認識(可能)にもかかわらず一緒に就寝したというところに結果との関連で注意義務違反となる。従って、どちらの場合においても注意義務違反行為の時点に於いては責任能力が存在したのであるから「原因において自由な行為」の法理を適用しなければ解決できない問題ではない。(18)

次に、故意犯の場合を検討してみよう。作為犯の事例として、(イ) 殺人の意図で泥酔し、この状態で殺人行為をする。（責任無能力の利用）(ロ) 殺人の意図で子供と共に就寝し、この状態で圧死する。（行為無能力の利用）が挙げられるし、不作為犯の事例として、(ハ) 列車転覆の意図で泥酔し、この状態で転轍をしなかった結果、列車事故が生ずる。（責任無能力の利用）(ニ) (ハ)と同じ意図で転轍手が居眠りをする。この状態の中で列車事故が発生する。（行為無能力の利用）を挙げることができる。未遂行為と予備行為を区別する重要なメルクマールである「実行行為」の時点をこれらの事例ではどこに求めることができるであろうか。実行行為は結果に対する高度の危険性を有する時点に求めるべきであるから(イ)では、飲酒行為、銘酊状態では足りず、被害者への場所的接近を必要とするであろう。(19) (ロ)では、就寝状態では何等の意思的要素の介入する余地がなく、高度の危険性を有するから、既に飲酒行為の時点に実

行行為を認めてもよいであろう。[20] (ハ)では、責任無能力の銘酊状態の中に求めるべきであろう。(ニ)では、転轍手が飲酒行為をしている時点に「実行行為」を認めることができる。[21] 従って、責任無能力を利用する事例では行為無能力を利用する事例よりも「実行行為」の時点が遅くなるということになる。だから、行為無能力を利用する場合には「行為と責任能力の同時存在」の原理は破られないが、責任無能力を利用する場合には、実行行為と責任能力は一致しないから、一見、責任主義に反するようにみえる。果たしてそうであろうか。

行為概念を一般的行為論としてまず、刑法規範から離れてその存在論的構造から考察する立場からは、行為は社会的事実としてあらわれるのであって、その社会的事実を断片的に評価するのが刑法規範なのである。即ち、(不可罰的)予備行為、(不可罰的)未遂行為、既遂行為として評価するのである。社会的事実としての行為は予備行為と実行行為が連結していて一個の行為を構成する場合と、予備行為が実行行為とは切り離されていて、社会的事実としては二個の行為から成り立つ場合があるのである。「原因において自由な行為」の事例はまさに前者の一形態にしかすぎないのである。[22] 即ち、飲酒行為は殺人罪の予備行為と評価されるべきものであるにしろ、この時点に、責任能力が存在し、故意が存在する限り、社会的事実としての一個の行為全体の行為者に対する批難が可能なのである。[23] この様に考えられる限り、佐伯教授が「責任とは行為の非難可能性であり、責任能力・故意・過失はこの非難可能性の一応の推定根拠にすぎず、それらが責任自体ではないのである。これは原因において自由なる行為の実行行為は無能力のときの挙動であるとしつつ、なおそれについてそれ以前の能力のあったときの行為者の意思態度に鑑みて非難可能性の有無を問うことも一向差支えがないのではあるまいか。責任と行為の同時存在ということは果して責任原理の絶対的要請であろうか。[24]」とする疑問に明確な答が得られる。即ち、実行行為を責任無能力に求めながらも、[25] 連結した一個の行為の最初に責任能力が存する限り、なお「行為と責任能力の同時存在」の原理はみたされるのである。[26]

これに反して、例えば、福田教授が「責任能力は実行行為のときに存在することを要し、かつこれで足りる。[27]」とされたのは、教授が一方では「犯罪概念の基底としての行態[28]」概念の探求の必要性を説きながら、他方では、「構成要件は犯罪論体系の礎石[29]」として、行為論を構成要件論に包含せしめた必然的帰結であった。即ち、「行為と責任能力の同時存在」ではなく「実行行為と責任能力の同時存在」に責任主義が転換したのである。その結果、通常の事態では予備行為としかみられない時点に実行行為をみざるを得なくなったのである。

故意犯が成立するためには、さらに故意概念の内容が問題になるが、手段としての飲酒―銘酊行為並びに結果の表象を含むものでなければならない。[30]しかし、因果関係について行為者の表象内容と実際の因果連関との重要な乖離は故意行為と評価することを不可能にするものと言えよう。[31]

「原因において自由な行為」は「行為論」の段階では「客観的に支配可能な態度」（飲酒行為）による「客観的に支配可能な結果」（責任無能力あるいは行為無能力時の結果）の発生ということになるのであり、この過程のどの時点に実行行為を認めるかは規範的な問題なのである。[32]この行為自由の問題が違法論の段階では「社会的地位、役割」の観点から、責任論の段階ではこの行為者個人の観点から考察されることになる（意思自由）。[33]

（1） Vgl. Franzheim, Sind falsche Reflexe des Kraftfahrers strafbar? in: NJW. 1965, S. 2000 f.

（2） 青柳「通論」七六―七七頁「反射運動（バスの乗客が急停車でよろけて他の乗客の足を踏んで負傷させた場合）、絶対強制下の動作（ピストルを突きつけられて文書を偽造するような強制された場合）、夢遊中の動作（ねぼけ動作）、幼児の動作（未就学児童の窃取行為）、極端な精神病者の動作（潜在性癲癇の不快状態の下における発作的殺傷）を排除、但し、「極端な精神病者の動作であっても準備草案一一〇条の行為には含まれる。」とする。植松「総論」二二頁「反射やいちじるしく習慣化した行動」を排除。斎藤「講義」四六頁「反射運動や抗拒不能の暴力による運動又は静止」を排除。大塚「要論」四四頁「反射運動と

しての動作や絶対的強制状態のもとにおける動作」を排除。木村「総論」一六七頁「反射運動、熟睡、高度の発熱状態、高度の失神状態、完全な麻酔状態のような意識喪失状態、催眠術にかかった状態、不可抗的な物理的強制の下にある動作」を排除。Vgl. Baumann, Strafrecht, 3 Aufl, S., 165, Mezger, Strafrecht, I, 4 Aufl, S. 56 f.

(3) v. Weber, Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, in : Engisch-Festschrift, S. 332 f.

(4) Vgl. Brosser und Fotakis, Sogenannte Primitivreaktion und ihre Beurteilung, in : ZStrW 79, S. 449 ff., Larenz, a. a. O. S. 93., Mierke, Störungen und Belastungen der Konzentrationsfähigkeit des Kraftfahrers, in : NJW 1960, S. 1380 ff., v. Weber, a.a.O. S. 338.

(5) 「刑法総論」昭和二六年、五三頁。

(6) 「講義」一四五頁。

(7) 「主観的違法と客観的違法」法学論叢二七巻一号、七七頁以下。参照。平場「行為概念の研究」八一頁。

(8) Vgl. Maihofer, Unrechtsvorwurf, 参照。小暮「違法性と責任(序説)」北大法学論集一五巻四号四二頁以下。

(9) 参照。竹田「構造」四四頁、四九頁。

(10) 竹田「構造」四六頁、同「法規範とその違反」昭和三六年、二三頁以下、二七七頁以下、三〇五頁以下。なお、平場「行為概念の研究」八二頁参照。

(11) Vgl. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878, v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, Bd. I , 1903, Bd. II , 1905. なお、宮本「刑法大綱」昭和七年、五三頁以下、行為概念に規範意識等の具備を要求するのも竹田教授に対するのと同様の批判が可能である。

(12) 古くカッツェンシュタインは「原因において自由な行為は……責任論 (Zurechnungslehre) の通常の原則の決定的な例外であり……自由な行為 (That) のみが処罰されるという……我が学問の根本的命題の一つの例外である……かかる例外は制定法を有する国々にあっては立法者のみが制定することができる。」として、立法の必要を認めながらも解釈上の処罰の可能性を否定していたのである。Katzenstein, Die Straflosigkeit der actio libera in causa, 1901, s. 63. 責任主義の例外として、その可能性を肯定する者としてフルシュカを挙げることができる。Vgl. Hruschka, Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit, in : JuS 1968, S. 558 ff.

(13) 例えば木村教授の原因において自由な行為の定義は次の様である。「責任無能力の状態において違法行為をなすこと、もしくは、なす可能性を認識（予見）して、又は、違法行為に至ることの認識が可能であるのに不注意に認識せずして、責任無能力の状態を招く行為に出、違法行為を行なうことをいう。」「総論」二三八頁。

(14) 例えば、団藤教授は過失犯、不作為犯については原因行為に実行行為としての定型性を認めるのは容易であるが、故意による作為犯の場合は困難な場合が多いとされる。「刑法綱要総論」昭和四一年、一一一頁。同「みずから招いた精神障害」刑法と科学、法律編、昭和四六年、二三二頁。同旨、大塚「刑法概説(総論)」昭和四六年、一三六頁。吉川「刑法総論」昭和四六年、一〇一頁。

(15) 例えば、木村教授は主観説の立場から、飲酒行為をなし銘酊状態に入ろうとした時をもって実行の着手と解される。「総論」三四八頁。なお植松「刑法概念I総論」二五三頁以下、三〇〇頁。福田「総論」一五二頁参照。実行行為中に責任無能力に陥った事例に於いて、実行行為と結果との間に行為者の表象した因果連関と実際の因果連関が重要な点で一致している場合には既遂犯としての処罰が可能であることについては Öehler, Zum Eintritt eines hochgradigen Affekts während Ausführungshandlung, in : GA, 1956, S. 1 ff. 実行行為終了後責任無能力に陥った場合の既遂犯としての処罰が可能であることについては Horn, Actio libera in causa-eine not wendige, eine zulassige Rechtsfigur? in : GA. 1969, S. 291 f.

(16) 従来、必ずしも明瞭には意識されていなかったが「原因において自由な行為」の形態として責任無能力の事例の外、行為無能力（睡眠状態）の事例も指摘することができる。Vgl. Krause. Betrachtungen Zur actio libera in causa, insbesondere in der Form vorsätzlicher Begehung, in : H. Mayer-Festschrift, S. 306, Maurach, Fragen der actio libera in causa, in : JuS, 1961. S. 376 f., derselbe Deutsches Strafrecht, 4 Aufl, 1971, S. 440.

(17) この設例を不作為と解する見解もあるが（例えば小野「法学評論上」昭和一三年、一七八頁。）母親の身体的作為によって乳児が窒息死したのであるから、明らかに作為犯とすべきである。参照、木村「原因において自由な行為」法学セミナー二五号、一九五八年、四七頁。中「原因において自由なる行為」関西大学法学論集、創立七十周年記念、昭和三〇年、一五六頁注(一)。

(18) Vgl. Horn, a.a.O. S. 289 ff. 同旨、吉川、前掲書、九九頁。藤木「原因において自由な行為」法律のひろば、一九六〇年、七月号、二三頁。なお、西原「過失犯と原因において自由な行為」過失犯(1)二一三頁以下参照。なお、行為概念に「有意性」を要求する説によれば次の様な事例は説明できないことになる。「子供に布団をかけることを忘れて寝むりこんでしまい、かくし

て、子供を凍死させた母親」を殺人罪で処罰できない。何故なら「有意的に為される不作為」という心理状態は「忘却」のために存しないからである。因果的行為論者であるバウマンのこの設例は自らの行為概念の不充分性を証明していると言える。Vgl. Baumann, Strafrecht, A.T, 5 Aufl, 1968, S. 178.

(19) Vgl. Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, 15 Aufl, S. 306., dagegen, Maurach, Fragen der alic, S. 374. マウラッハは殺人のために勇気づけとして飲酒する態度に既に実行行為を認める。

(20) 行為無能力を利用する場合のみ、厳密な意味で自らを「道具」とすると言える。責任無能力者といえどもなお意識は存するからである。同旨、中「原因において自由なる行為」一五二頁。Vgl. Maurach, a.a.O. S. 374.

(21) マイホーファの指摘の様に、作為の「実行の着手」概念と不作為の「実行の着手」概念は質的に異なるものを有している。前者にとって規定的なのは、行為者の犯罪計画であるが(immer)、後者にとっては「実行の着手」は命令規範が効力を発する時点に始まる(jetzt)。Maihofer, Der Versuch, S. 289 ff. 設例に於いては、適宜に転轍する時間内で着手未遂が考えられ得るし、終了未遂は列車が踏切のところで一時停止をしたために通過時刻が遅れた時に考えられ得る。Vgl. Schönke-Schröder, a.a.O. S. 306. 作為義務に関しては、中「原因において自由な行為」一五七頁以下、同「刑法総論」一六五頁。吉川前掲書一〇〇頁参照。

(22) 同旨、西原「原因において自由な行為」法律時報第二二巻八号、昭和三五年、九七頁。同「責任能力の存在時期」犯罪と刑罰(上)四〇四頁以下。同「銘酊運転と刑事責任」刑法と科学、法律編、二七〇頁以下。なお、宮沢「原因において自由な行為」法学教室七号一三七頁。下村「原因において自由な行為」法学新報七〇巻四号、昭和三八年、一九頁。

(23) Dagegen, Katzenstein, a.a.O. S. 49.

(24) 佐伯「原因において自由なる行為」刑事法講座第二巻、昭和二九年、三〇八頁。

(25) 実行行為は責任能力とは関係ないことについて Stratenwerth, Strafrecht, 1971, S. 160.

(26) 同旨、中「刑法総論」一六四頁。

(27) 福田「刑法総論」一五一頁。

(28) 福田、前掲書四八頁。

(29) 福田、前掲書、五九頁。同「目的的行為論と犯罪理論」四二頁、この中で、教授は「犯罪論が犯罪の成立、態様についての

般的理論であるかぎり、犯罪論体系において構成要件論のまえに行為論を独立にとりあげ、ここで、行為の態様、因果関係等を論ずることは意味がない」とされる。

(30) Vgl. Jescheck, Lehrbuch, S. 294. Schönke-Schröder, a.a.O. S. 453. dagegen, Mdurach, Fragen alic, S. 376., derselbe, Deutshes Strafrecht, 4 Aufl, S. 441.

(31) Schönke-Schröder は因果関係の乖離の理論は行為が既に実行行為の段階に達していることを条件とするがこの段階は予備—実行行為の連続性が認められる場合には不必要であろう。a.a.O. S. 485.

(32) 一般的行為概念を体系の礎石とするリストも行為と責任能力の同時存在の原則に関して「意思表動 (Willensbethätigung) が生じた瞬間が基準となるのであって、結果が生じた瞬間における行為者の精神状態は問題にならない。」(v. Liszt, dehrbuch, 12/13 Aufl, S. 165, V. Liszt-Schmidt, dehrbuch. 26 Aufl, S. 242.) とする一方、他方「具体的場合に法規によって刑罰の下に置かれた活動 (Thätigkeit) に対応するあの意思表動を実行行為 (Ausführungshandlung) と呼ぶ。」(v. Liszt, Lehrbuch, 12/13 Aufl, S. 137) とすることによって、構成要件的行為と一般的行為を区別しているのである。参照、木村栄作「原因において自由な行為の理論の適用上の諸問題」警察研究、第三九巻、七号、昭和四三年、七六頁。中「原因において自由な行為」一六一頁。Vgl. Arthur Kanfmann, Das Schuldprinzip, S. 156.

(33) 「原因において自由な行為」の法理を飲酒の場合にのみ限定する理由は存在せず、麻酔、睡眠薬を利用することにも適用可能である。又、この法理を責任無能力にのみ限定する理由もまた存しない。限定責任無能力の場合にも適用可能である。Vgl. Krause, a.a.O. S. 307 f. Schönke-Schröder, a.a.O. S. 452.

第四節　結果の支配可能性

作為の因果性の問題

因果的行為論によると、具体的な結果を考慮する修正条件説[1]を適用しても、身体活動の結果は無限であるから、原理上、殺人者を生むことすら殺人行為たらざるを得なくなる。[2] しかし、殺人行為を認めても、構成要件的殺人行為で

はないとすることによる限定も可能ではあるが構成要件は過失犯に対して、因果的行為論の立場からは、何等、限定的機能を果せないのであるから、例えば、自動車運転手が通常の速さで走っていても、酩酊歩行者が飛び出してきて不慮の事故を招来した場合、結果回避の可能性がないにもかかわらず構成要件的殺人行為となるという不合理な結論に陥る。[3] この二つの場合に、構成要件該当性を認めても責任性が否定されるから不合理ではないとすることも可能ではある。しかし、因果的行為論を主張するから、人間として支配不可能な自動車事故も違法となり、殺人者となった子供を生むことも違法となるという不都合が生ずる。[4]

しかも、修正条件説は一般的に認められている様な「存在的因果概念」従って、「発見方式」[5]とは言えないのである。例えば、病気の治療において、医者の手術後数時間して患者が死んだ場合、患者の死と医者の態度の因果連関は自然科学的な判断によるのである。別の例を挙げると、工場の排液中の物質と人間の健康障害との間の因果連関も自然科学的判断によるのである。[6] この事実認定が得られれば、そのことによって因果連関は確定されるのであって、修正条件説は単に「他の手段によって得られた認識に対して論理的―数学的精密性を見せかける」[7]一手段にしかすぎないのである。従って、修正条件説は思惟形式（Denkform）なのである。[8] 因果連関が自然科学的考察に依存するということは因果性は論理的性質のものではなく、存在論的なものなのだということを意味する。[9] 仮に、因果性を論理的思考操作にすぎないとするなら、行為者の地位、身分をも考慮することが可能となるであろう。

修正条件説によっては、無限の因果の連鎖を断ち切ることは不可能である。従って、人間行為の規定には何物をも与えない。[10]

不作為の因果性の問題

作為においては特殊刑法的な因果性概念を必要としないことを知ったが、不作為ではどうであろうか。例えば、父

親が水泳中溺れた自分の子を黙視した結果、自分の死を招来した場合、その死の原因を不作為者自身に求めることはできない。端的に言って、子供は溺死したのである。[11] エーベルハルト・シュミットは不作為の因果性の説明として「結果が脱落することなしには、結果の非阻止（Nichtabwendung des Erfolges）は決して無視され得ない」時に因果性を認める。[12] この公式は「結果の非阻止」と具体的結果との間の現実的関係を考慮しているが、しかし、論理的関係を規定していることには作為の修正条件説とかわりはない。シュミットの立場が不作為の因果性を作為における修正条件説を適用した思考なのに対して、通説による不作為の因果性の説明は仮説的なものを考慮する純粋条件説の立場に依拠していると言える。それによれば、「期待された行為によって、法から是認されない結果が阻止されたであろうか。この問が肯定された場合、不作為は結果に対して因果的であった」[13]とされる。この期待された行為が確実性と境を接する蓋然性でもって具体的結果を阻止したであろうかという公式は作為について相当因果関係説をとる立場によっても採用されているのである。[14] しかし、蓋然性判断即ち、「……であるならば、何が生じたであろうか」という判断は事実に内在する因果性判断と何等関係ない仮説判断なのである。[15]

作為、不作為統合の問題

作為では因果性が肯定され、不作為では因果性が否定されたのである。従って、行為の現象形態としての作為、不作為の区別は人間の身体活動と結果との因果性の有無によって判断されることになる。[16] 評価的立場からの判断ではない。例えば、掃除の際、主婦が床の上に、蝿とり薬の入った容器を蓋を開けたまま置いておく、彼女の二才になる子供がそれを飲んで重い健康障害になったとき、床に置くという身体活動を子供の健康障害に対して因果的であると見ることを「全く無意味（ganz sinnwidrig）」であるとエーベル・ハルトシュミットは言うのである。[17] シュミットは掃除をするという有用な活動に際して、子供に健康障害が起ることを阻止しなかったところに行為の本質を見、行為態

様を作為と見ることを「一九世紀に固有の自然主義的考察方法の余波」であるとするのである。[18] しかし、この設題が過失犯ではなく故意犯であったとしたらどうであろうか。現実に置いた身体活動を直視するなら、これを重要視せざるを得ないし、従って作為犯とせざるを得ない。とすれば、責任形態が行為態様を左右するという逆の到錯した事態となる。何故、かかる到錯した結果を招来せしめたかは過失犯が不真正不作為犯と似た構造を有しているからである。過失か心理的不作為であるのに対して、不真正不作為犯は身体的不作為である。ここに混同の原因があった。[19]

不作為の仮定判断、支配可能性は作為態様が人間に帰属するという判断でもある。即ち、作為では自己を利用することによって因果性を展開するのに対して、不作為では外的因果性の展開を利用する。両者、結果に対する因果性の支配可能性の点で一致するのである。[20] この支配可能性が否定される事例として、例えば、トレーガーの有名な設例、Aは自分の十才になる遺産相続人となるであろう甥を、雷雨の時に、雷に打たれることを期待して、高い木々の生育している丘陵へ送り出す場合、[21] 果たして「落雷」の結果、死亡するにいたっても「支配可能性」の欠如の故に殺人「行為」は否定される。

主観的目的性から出発した目的的行為論はこの作為、不作為の統合的把握を不可能なものとしたのである。作為が目的的操縦であり、不作為者の因果性、目的性が欠けているとするとき、行為概念と不作為概念の統合をどの様に考えたか。カウフマンによると、[22] 不作為は積極的メルクマール、即ち行為能力を有する。従って、潜在的目的的行為が行為にも本質的であるかが問われる。そこで、あらゆる行為支配に潜在的行為支配が含まれているということは否定できない。人間はまさにこの行為をしているということ以外に彼に一定の行為が可能であるということを証明することはできない。即ち、行為能力は不作為の本質前提（Wesensvoraussetzung）であるばかりでなく、行為の本質的なものでもあると。従って、行為、不作為に対する共通メルクマールとしての行為能力が行為、不作為に対する統一的

契機として機能する。ここから行態（Verhalten）概念を得る。行為（Handlang）概念を使用せず、行態概念を使用したのは作為は不作為ではないのであるから、大概念といえどもそれら水準化することはできないと。そこで「行態とは目的的意思操縦への能力の下にある人間の身体的積極性あるいは消極性」[23]と定義される。

主観的目的的行為論が行為即目的的操縦から出発したのであるから、不作為即非目的的操縦との統合を行為能力に求めたのは蓋し当然の事であった。カウフマンも行為能力は行態という大概念の中に統一性を形成するが、この行態は二者択一を加えることなしには定義できない「というのは、行態概念でも行為と不作為の矛盾は歩揚できない。共通な根のみが発見される。行為と不作為の対立性を大概念に水準化する試みはそこで終らざるを得ない。不作為を行為として解釈することも、あるいは逆も。」[24]

このことは、行為の前段階である行為能力に還元することによって、大概念に於ける目的性の喪失を意味する。[25]従って、目的的行為論の基礎からは大概念形成のためには目的性概念自体の放棄で始めて可能となったのである。

しかし、行為能力の概念は目的的行為論によると有責性を含む概念なのである。とすれば、この大概念は責任論の段階で問題を展開しているといえるのである。[26]しかも、行為能力というのは行為者や不作為者の属性であって、行為や不作為の属性ではないのであるから、行為能力で上位概念を形成してみても、現行法は行為能力を処罰するのでなく、行為を処罰するのであるから行為概念の本質機能に代置することはできないという致命的な欠陥を包蔵しているといえる。[27]

不能未遂の問題

ヴェルツェルの主観説によると「法秩序を国民生活(Volksleben)を形成する精神力として見る。この精神力(geistige Macht)の現実性と妥当性は既に行為者が犯罪の有効な（tauglich）遂行行為だと考えた行為をする意思によって侵

害される。」[28]として、不能な手段による未遂、不能な客体への未遂を客観的非危険性を考慮することなしに、行為者がこれらを有効と考えた場合を処罰すべきであるとする。[29]又、ヘルムート・マイアーの主張する意思説、即ち、法的に答責的な（verantwortlich）意思によって担われた行為性格を主張する側からも主観説が主張されている。[30] H・マイアは未遂行為の処罰の根拠として犯罪意思が行為の客観的傾向によって、害悪へ通じるところあらわれるところに求め、しかも行為支配可能性を主張するとき、不能未遂の処罰の根拠を意思の悪性に求めざるを得なかった。しかし、結果への支配可能性を行為の本質とする観点からは主観説を採用することはできない。結果の支配可能性とは行為者が手段について、あるいは客体について何を認識したかとは何等関係なく、人間として結果を左右し得たかどうかが、即ち、結果回避可能性を意味するのである。人の態度によって結果が変化し得ない場合には行為は存ない。[31]結果の避止可能性が何等問題とならない時に処罰されるべき根拠は心情の悪性に求める他ない。[32]法的に許されない結果への心情が処罰の根拠！[33]

（1） Vgl. Spendel. Die Kausalitätsformel der Bedingstheorie für die Handlungsdelikte, 1948, S. 38u. 92.

（2） 実際にも、メツガーは「殺人者を生むことは被害者の死の原因であることは争い得ない」と主張したのである。もっとも、重要説の立場から構成要件該当性は否定されていた。Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950, S. 15., Vgl. Welzel, Das neue Bild, 4 Aufl, S. 8., H. Mayer, Strafrecht, S. 43., Eb. Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, in: Frank-Festgabe, Ⅱ, S. 119.

（3） Vgl. H. Mayer, Vorbemerkungen, S. 147., Eb. Schmidt, Soziale, S. 347.

（4） Vgl. H. Mayer, Strafrecht, S. 43. 荘子「総論」一四八頁。

（5） Vgl. Welzel, Das Deutsche, 11 Aufl, S. 43. 木村「総論」一八〇頁、同、「刑法における因果関係の理論」法律時報三二巻一〇号七頁。

(6) Vgl. Engisch, Vom Weltbild, S. 127.

(7) Arthur Kaufmann, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, in : Eb. Schmidt-Festschrift, S. 210.

(8) Vgl. Mezger-Blei, Strafrecht I . A. T, 14 Aufl, S. 72., Mezger, MSchr Krim Psych, 22, S. 752 ff., v. Liszt-Schmidt, Lehrbuh, 25 Aufl, S. 157.

(9) Vgl. Arthur Kaufmann, Die Bedeutung, S. 209.

(10) なお、行為概念の本質的機能の一つは外的結果の人間主体への客観的帰属にあるのであるから、およそ社会的結果に影響を及ぼさない態度それ自体を論ずることは無意味である。勿論、この社会的結果の概念は「真正不作為犯」あるいは「単純挙動犯」をも含むものではある。時間的には態度と結果は一致しているにせよ論理的区別は可能である。Vgl. Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 26 Aufl, S. 157.

(11) Vgl. Armin Kaufmann, a.a.O. S. 61 ff., Arthur Kaufmann, Die ontologische, S. 103 ff., derselbe. Die Bedeutung, S. 213 f.

(12) Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprzessordnung, Teil I , 1952, S. 160. derselbe. Der Arzt, S. 86., derselbe, Behandlungspfliclit und Nothilfopflicht des Arztes, in : Mon Krim Biol. 33, S. 87, Anm 2. Vgl. Baumann, Strafrecht, S. 212 f. なおリストは不作為の因果関係は作為とは異なって、実際に生じた結果と単に表象された身体運動の結びつきであるという理由から否定していた。v. Liszt, Lehrbuch, 10/17 Aufl, S. 135.

(13) Mezger, Strafrecht, 3 Aufl, S. 136. Vgl. Engisch, Mon Krim Biol. 30, S. 427.

(14) Vgl. Hall, Über die Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, in : Grünhut-Erinnerungsgabe, 1965, S. 227. なお団藤「刑法綱要総論」昭和四一年九八頁参照。

(15) Vgl. Gallas, a.a.O. S. 8 ff u. 40 f., Larenz, a.a.O. S. 85 ff., Radbruch, Der Handlungsbegriff, S. 132., Schönke-Schröder, Strafgesetz buch, 15Aufl, S. 26., Traeger, Der Kausalbegriff im Straf-und Zivilrecht, 1904, S. 61 ff., Welzel, Das Deutoche, 11 Aufl, S. 207 ff. なお、E.A. Wolff, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965, S. 33 ff.

(16) 作為、不作為の区別を評価の観点から決定しようとする論者としてメッガーを挙げることができる。彼は「作為、不作為の区別は純粋な外的結節点によって得られない、事実問題 (Tatsachenfrage) ではなく評価問題 (Wertungsfrage) である。法的批難が何に対して向けられているかによる。」として自動車運転手が自転車に乗っていた者を追い越す際の事故を充分な間隔をとら

なかったことに法的批難が向けられるとしながらも作為犯を認めようとするところに「評価規準」の曖昧さが残る。Mezger, JZ. 1958, S. 280 ff. Vgl. Roxin, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, in : ZStrW 74, S. 415. 但し、ロクシンは故意犯の場合には作為、不作為の区別を目的論的考慮から規範的観点によって区別しようとする。derselbe. An der Grenze von Begehung und Unterlassen, in : Engisch-Festschrft, S. 380 ff.

(17) Eb. Schmidt, Der Arzt, S. 79.

(18) Eb. Schmidt, a.a.O. S. 79. Anm 73.

(19) Vgl. Spendel, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, in : Eb. Schmidt-Festschrift, S. 193.

(20) Vgl. Arthur Kaufmann, Die ontologische, S. 104 f., derselbe. Die Bedeutung, S. 214., Larenz, a.aO. S. 85 ff.

(21) Traeger, a.a.O. S 8.

(22) Armin Kaufmamm, a.a.O. S. 81 ff.

(23) Armin Kaufman, a.a.O. S. 85.

(24) Armin Kaufmann, a.a.O. S. 85.

(25) Vgl. Jescheck, Der strafrechtliche, S. 149.

(26) 参照。中「刑法総論」六三頁。

(27) 福田教授は「人間の行態という概念は、目的的行動力の範囲内にある人間の身体的な積極的消極的態度という実質的な内容をもった概念として、目的的行動力という行為、不作為に共通するメルクマールによって両者をその概念に抱摂し、刑法的評価の対象となる生活事象とその外にある生活事象とを選別して……」(「犯罪理論」五五頁)とされることに対しては、カウフマンに対するのと同じ批判が可能である。又、金沢教授は「このような態度概念を行為と不作為の上位概念といいうるかは疑問であろう」としながら「行為と不作為との対立を解消する意味での上位概念を形成することは必要でもなく、また可能でもない。」(「不作為の構造」(Ⅱ)広島大学政経論叢第一五巻第二号、一九頁)とされるが、行為概念の本質的重要性の認識不足というべきであろう。なお、教授は「目的的行為の能力という意味での有意性は、固有に人間的な特性であって、あらゆる規範の可能性を限界づける存在論的構造である。それ故、マイホーファーが彼の行為(態度)概念から『有意性』を除去することによって、彼のいわゆる『社会的』行為概念は、決定的な人間契機を喪失し、人間以前のまたは人間以下のふるまいをも行為概念に包含す

ることとなったことは、ウェルツェルの指摘するとおりである。」（前掲書、一七―一八頁、Vgl. Welzel, Das Deutsche, 7 Aufl, S. 27, 9 Aufl, S. 28, 10 Aufl, S. 29）とされるが「支配可能」という概念要素によって明らかに意思関係的要素を含んでいるのであって教授の指摘は誤りである。Vgl. Arthur Kaufmann, Die ontologische, S. 97, Anm 65.

(28) Welzel, Das Deutsche, 11 Aufl, S. 193.

(29) 主観説を採用する者として、Baumann, Strafrecht, S. 463 ff., Schönke-Schröder, a.a.O. S. 310 ff., 目的的行為論者の間でも説が分れている。例えば、木村教授は主観的危険説（「総論」三五六―三五七頁）、福田教授は具体的危険説（「総論」一九一―一九二頁）を採用されるがその基調において変らない。但し、福田教授は定型説の見地から自分の財物を其人の財物と誤信して窃取した場合、定型性を欠くとするが、木村教授は可罰的であるとされる。

(30) H. Mayer, Vorbemerkungen, S. 144., derselbe. Strafrecht, S. 41 ff. 285 ff., 我が国では、荘子教授が「意思説」を主張されている。「犯罪を客観化された意思として把握するときには、意思の客観化との関連において不能未遂の基準を考察すべきである。この意味において主観説によるべきである。」とされる。（「総論」六二九頁）

(31) マイホーファーが（危険のない）不能犯の場合の可罰性を認め、その根拠を行為者の主観に見るのは論旨一貫性を欠いている。Vgl. Maihofer, Zur Systematik, S. 172.

(32) Vgl. Welzel, Das Gesinnugsmoment im Recht, in : v. Gierke-Festschrift, 1950, S. 290 ff.

(33) 結果の支配可能性の立場からは、中間的立場にある団藤教授「刑法綱要」六六頁以下、一一八頁以下、大塚教授「要論」一八〇頁の「人格的行為論」による「定型説」の観点からの立場も否定せられるべきであろう。刑法規範の対象が行為であって、行為者の心情ではないということからの当然の帰結である。Vgl. Dicke, Zur Problematik des untauglichen Versuchs, in : JuS 1968, S. 157 ff., Spendel, Zur Neubegründung, ,S. 89ff., derselbe. Zur Notwendigkeit, S. 522 ff., derselbe Kritik der subjektiven Versuchstheorie, in : NJW, 1965, S. 1881 ff., Treplin, Der Versuch Grundzüge des Wesens und der Handlung, in : ZStrW 76, S. 441 ff, 従って、手段の不能（例えば、砂糖による堕胎、弾丸の入っていないピストルの発射）、客体の不能（例えば、非妊婦への堕胎手術、屍体への強姦、空部屋へのピストル発射による殺人計画等）はその行為性が否定されることになる。但し、スリの場合、被害者が財物を持っていたか否かによって区別されるべきである。全然持っていない場合には「結果の支配可能性」は問題とならない。

第四章　結語

歴史的には法的行為論は帰属論（Zurechnungs-oder Imputationslehre）から展開されたのである。[1] この帰属概念は責任論を意味するものであった。ヘーゲル学派のベルナーは帰属を行為が存するという判断を規定し「主観的なものが客観化され、客観的なものが主観化される」[2]ということを要求し、ケストリンも事実の帰属（imputatio facti）概念は単に物理的因果性を意味するにすぎないから、自然現象にも等しく妥当する、従って法的考察にとって無意味であるとして法の帰属（imputatio Juris）との区別を拒絶したのである。[3] しかし、ヘーゲル流の独逸観念論の衰退とともに、この傾向は次第に弱化していくこととなった。スチューベルは不法と所為の帰属を区別し、[4] ルーデンは(i)人間活動によって招来される犯罪現象(ii)行為の違法性(iii)行為の故意あるいは過失の属性の三区分によって、即ち、犯罪概念の中に含まれているメルクマールを論理的に分析することによって行為、違法性、有責の層序を得たのである。[5] ブーリも責任連関と因果連関の区別を明確にした。即ち、意思と所為の作用の間の因果連関への問、自然科学的考察は意思に対する答責（Verantwortung）即ち責任から厳格に区別されるべきであるから因果的要素としての意思によって招来されたものは行為と呼ばれるが行為者の自己規定（Selbstbestimmung）に基づく、故意、過失としてあらわれる責任は因果関係から区別されると主張したのである。[6]

しかし、因果的行為論に直接、影響を及ぼしたと考えられるのは、ベッカーやティテルマンの行為論である。前者は「犯罪は行為である、行為は意思外在化（Willensäußerung）である。行為のみがその性状（Beschaffenheit）によると、外的事物に作用し得るのであって、思想は犯罪として妥当し得ないということは疑問がない。この性状を有する行為が現実にあらわれる場合、常に、外的感覚世界（Sinnenwelt）の真正の変化をもたらすということはあらゆ

る物的なものが物的なものと関係している直接連関の故に争いはない。(7)」とし、ティテルマンは因果連鎖を結果から後方へ遡及し、身体運動の背後で始めて原因としての意思につきあたるとする。というのは、身体運動もまた原因をもたざるを得ない。それは人間の内部にのみあり得る。この理由から身体運動の原因は—「この心理的活動（Akt）X」、未知の要素—その作用によってのみ定義できる。即ち「意思活動は自律神経が直接惹起される心理的原因である。(8)」だから、意思はそれ自体として、表象との結合の外にあるのであって、その内容は表象自体ではなくて、同時に表象の内容たり得るものにすぎない。(9)身体活動のみが意欲され、結果は意欲されないということである。このティテルマンの思考の影響はリストの行為概念規定において顕著である。しかし意思概念の相違にもかかわらず、因果的行為論者に与えた影響も無視できない。

リスト、ベーリングに代表される古典的犯罪概念（Der klassische Verbrechensbegriff）にとって代って、目的論的犯罪論を主張する新古典的犯罪概念（Der neoklassische Verbrechensbegriff）においても行為概念規定は依然として因果論的に規定されていた。(10)行為概念の価値関係性を強調したメッガーですら、行為概念において、彼自身の方法論は何等、反映されていなかった。結論として、行為概念を法律に限定された実証主義的方法による抽象作用によって概念構成をしようとするものであったから、無内容な還元的行為概念とならざるを得なかった。

この自然主義的構成に対する批判から生まれたのがヴェルツェル流の目的的行為論であった。その思想の系譜はアリストテレスの「形而上学」ヘーゲルの「法の哲学」まで遡ることができる。ヘーゲルが「意思の権利は、意思の行動（That）に於てただ、意思がその前提について自己の目的のうちに知るもの、目的について自己の企図（Vorsatz）のうちに有したもののみを自己の行為（Handlung）として承認し、且つかかるもののみに責任（Schuld）をもつということである。—行動は意思の責任としてのみ意思に負わさ（zugerechnet）れ得る、—知識の権利。(11)」と言うと

き、目的的行為論との近似性は明らかであった。行為の意味規定は主観的―個人的知識、意欲による。ただその違いはヘーゲルにとって「道徳」の問題であったものがヴェルツェルにとっては「法」の問題としてあらわれたのである。[13] しかも、法にとっての行為意味規定をヴェルツェル流の目的的行為論は行為の存在論的構造から得る。しかし、その意味するところの存在論の過度の狭隘さの故に、又、過度の主知主義的傾向の故に全犯罪現象を統一的に把握することはできなかった。

規範科学としての法律学は自然主義的出発点とは対応し得ないとして行為論を違法論で論じたのがザウァーであった。[18] 彼を先駆者として、行為の客観的傾向、社会的有意性を強調する社会的行為論が展開されることとなった。しかし、「社会的重要性」[14]の強調、規範的なものの強調は行為論ではなく違法論になる傾向を有するものであった。従って、違法論の礎石としては役立つが責任の礎石としては成立し得ないのではないかという疑問が生じたのである。違法性、有責性の礎石としての行為論を人間の存在論的構造から得ようとしたのが、マイホーファー、アルトウール・カウフマンの行為概念であった。

人間の存在論的構造から得られた行為概念は単なる実定法から抽象的に得られた法概念ではない。しかし、そのことは刑法規範の対象に一定の限界を設定するものとなる。刑法の対象となり得ない現象を区別する選択機能を果すことができる。又、この概念は内容に充ちた（sachhaltig）ものであるから違法、有責の礎石としてもその機能を果たすことが可能となる。行為論の段階では人間としての支配可能性（行為自由）が、違法論の段階では、この種の地位、役割における人間の支配可能性（社会的自由）が問題となる。但し、行為者個人の専門的知識の故に通常人よりも秀れている場合であっても、社会的地位、役割の細分化によって違法に行為し得るということになる。従って、狡猾な犯罪者をも違法論に包含することができる[15]（客観的人的違法論）。責任の段階では、具体的人間の支配可能性

（個人的自由）が問題となる。従って、存在論的行為概念は人的違法論、人的責任論の礎石としても有効な機能を果すことができる(8)。違法論、責任論の展開は本稿の範囲外である。

（1） Vgl. v. Bubnoff. a. a. O., Radbruch, Der Handlungsbegriff. S. 76 ff.

（2） Berner, Imputationslehre, 1843, S. 246.

（3） Köstlin Neue Revision, 1845, S. 138.

（4） Stübel, Über den Tatbestand der Verbrechen, 1805.

（5） Luden, Über den Tatbestnd des Verbrechens nach gemeinen deutschen Rechts, 1840, S. 110., Vgl. Heinitz, Franz von Liszt als Dogmatiker. in : ZStrW 81, S. 576.

（6） v. Buri, Über Kausalität und deren Verantwortung, 1873. Vgl. Jerusalem, Das Problem des Strafrechts, in : ZStrW 80, S. 876.

（7） Bekker, Theorie des Strafrechts, 1857, S. 86., derselbe. Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts, I , Bd, 1859., Vgl. Heinitz, a. a. O. S. 576.

（8） Zitelmann, Irrtum und Rechtsgschäft, 1879, S. 36.

（9） Zitelmann, a. a. O. S. 72.

（10） 古典的犯罪概念、新古典的犯罪概念については、Vgl. Jescheck, Lehrbuch, S. 140 ff., derselbe. Die Entwicklung des Verbrechensbgriff in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, in : ZStrW 73, S. 183 ff.

（11） Hegel. Philosophie des Rechts, §117. 訳は速水、岡田「ヘーゲル法の哲学綱要」鉄塔書院、昭和六年による。Vgl. Engisch, Die finale, S. 149., Maihofer, Der Handlungsbegriff, S. 45., なお、平場「行為概念の研究」五四頁以下参照。

（12） Vgl. Maihofer, Zur Systematik, S. 167.

（13） Vgl. Sauer, Grundlagen, S. 406 ff., derselbe, Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis, in : ZStrW 69, S. 1 ff.

（14） Vgl. Jescheck, Lehrbuch, S. 153.

(15) Vgl. Öhler, Das objektive Zweckmoment, S. 72., dagegen, Jescheck, Aufbau und Behandlung, S. 12.
(16) Vgl. Arthur Kaufmann, Die ontologische, S. 113., Maihofer, Der soziale, S. 181.