

違法性の本質と犯罪体系に関する序論的考察

森 永 真 綱

はじめに

司法制度改革を契機とした実務と理論の架橋という旗印の下、このところ日本の刑法学は全体としてかなり実務的な色彩を帯びるようになった。こうしたシフトチェンジにより、判例の分析・整理、個別具体的な基準の提示といった点で、多くのすぐれた業績が産み出されたことはいうまでもない。このような動きの特徴は、個別的な問題の解決にあるといえる。しかし、そうした諸々の解決の集積を観察していると、徐々に疑問が湧いても来るのも事実である。それは、従来の犯罪体系をめぐる議論とどのように整合するかということである。

後述するように、実行の着手、正当防衛の限界など、新たな裁判例を契機に論争の対象となった論点をめぐる学説の対応は、判例実務を基本的に受け入れつつ、それを理論的に裏づけるというのが主流である。ただ、そこで示されている解決は、個別の論点の解決に重きが置かれ、犯罪体系全体をどの程度意識しているのか、判然としないところもある。もっとも、だからといって、数々の個別論点の判断基準を並列するという方法論に転換したというわけでもなく、構成要件・違法性・責任という体系的な概念は、今日も維持されており、従来から見られる立場の違いはあるものの、その内容に大きな変化は見られない。これらの概念を放棄すべきであるという声は聞かれず、刑法総論の比較的新しい教科書・体系書の目次を見ても、こうした三段階の犯罪体系は維持されているのである。

従来の犯罪体系の枠組みを今後も使用するつもりであるならば、それを明確に定義することが求められる。もっとも、この犯罪体系については、比較的新しい教科書・体系書においても、違法性の本質、すなわち行為無価値論と結果無価値論の対立をめぐる伝統的な議論に一定のページ数が割かれ、そこでの態度決定を前提に、犯罪体系の骨格が組み立てられているという点において、30年前とさほど変わっていないというのが筆者の印象である¹⁾。この30年間のうちに生じた新たな問題への対応は、こうした伝統的な枠組みの延長線上にあるものとして取り扱われているといえよう。つまり、伝統的な犯罪体系を解体し、あらたな体系を組み上げようとする動きは今のところ見られない。

今後も従来の犯罪体系の枠組みを用いるのであれば、違法性の本質をめぐる議論は、避けることができない状況にあるといつてよいだろう。この議論は、世紀の変わり目には徐々に下火となり²⁾、その議論の不毛さが指摘される

1) さしあたり、現在から10年以内に初版が出版された、あるいは、2000年以降に初版が出され10年以内に改訂された体系書・教科書として、浅田和茂『刑法総論（第3版）』176頁以下（2024年）、井田良『講義刑法学・総論（第2版）』86頁以下（2018年）、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』98頁以下（2013年）、高橋則夫『刑法総論（第5版）』263頁以下（2022年）、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論（第3版）』134頁以下（2019年）、橋本正博『刑法総論』126頁以下（2015年）、町野朔『刑法総論』16頁以下（2019年）、松原芳博『刑法総論（第3版）』111頁以下（2022年）、山口厚『刑法総論（第3版）』104頁以下（2016年）などが挙げられる。

2) 松原芳博は、2002年に行われた日本刑法学会全国大会のワークショップにおいて、「ポスト結果無価値・行為無価値時代」を宣言した（松原芳博「犯罪論における結果の意義」刑法雑誌42巻3号377頁（2003年））。橋爪隆「違法性」法律時報81巻6号19頁（2009年）は、「最近では、両説の対立関係は、以前に比べると沈静化してきた印象がある。少なくとも、両者の対立の構図が違法論全般、さらには刑法理論全体を分断するようなインパクトを失っていることは確かである。しかし、このことは、一方の立場が他方を凌駕したことによって、論争が終結したことを意味するわけではない。現在においても、個別の違法性阻却事由の解釈においては、なお激しい対立が残されている。すなわち、解釈論上の個別の論争は継続しているが、従来からの対立軸だけがいつの間にか希薄化しているのである」とする。この問題について論じた2000年以降の文献として、高橋則夫ほか『理論刑法学入門』311頁以下（2014年）〔高橋則夫、杉本一敏、仲道祐樹〕、中野正剛『社会秩序無価値説の構想』（2023年）、曲田統「行為

こともあるが、実務を意識し、カズイスティックな色彩を色濃く帯びつつある刑法学において、理論的な再検討をすることには一定の意義が認められるといえよう。この小稿では、主観的違法要素を切り口として、違法性の本質と犯罪体系の問題について若干の考察を加えることにしたい。

1 故意の位置づけについて

行為無価値論と結果無価値論の主な対立点の一つとして、主観的違法要素を認めるかどうかという問題がある。客観的違法論、結果無価値論を徹底する立場から、主観的違法要素を一切認めないという立場は、今日でも見られる³⁾。しかし、少なくとも未遂については、結果無価値論を唱える論者においても、故意、または故意の要素の一部を主観的違法要素として認める者が大部分である⁴⁾。例えば、拳銃の引き金に指をかける行為は、引き金を引く意思と合わさって、はじめて危険性を基礎づけるからであるとされる。ただし、ここでは、故意とは異なる「行為意思」を主観的違法要素であるとする者が多い⁵⁾。例えば、殺人罪の故意を肯定するためには客体である「人」の認識が

無価値論と結果無価値論の止揚のあり方」法学新報110巻9=10号95頁（2004年）、松宮孝明『「結果無価値」と『行為無価値』を対比させる意味について』犯罪と刑罰20号9頁（2010年）、関哲夫「日本における結果無価値論・行為無価値論」国士館法学49号161頁（2016年）、安田拓人「違法性総論」法学教室492号90頁（2021年）など。山中敬一『犯罪論の機能と構造』236頁以下（2009年）は、自己の体系構想を「目的合理主義的アプローチ」と呼び、指導理念の一つとして「結果無価値論、責任主義などの刑法理論上の諸原理との『理論的整合性の要請』」を挙げている。小林憲太郎『刑法的帰責』123頁（2007年）は、結果無価値論を「責任版フィナリスムス」と表現し、犯罪論の構想を「責任版客観的帰属論」と呼んでいる。

- 3) 浅田・総論（前掲注1）178頁。
- 4) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』314頁（1975年）は、故意が主観的違法要素であることを明言している。なお、実行の着手と故意および行為計画との関係について詳細に検討を加え、かつ妥当な方向性を示すものとして、佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』99頁以下（2016年）がある。
- 5) 佐伯・総論（前掲注1）108頁以下、西田・総論（前掲注1）93頁以下、町野・総論（前掲注1）160頁、松原・総論（前掲注1）118頁、山口・総論（前掲注1）285頁以下。

必要であるが、行為者が「人」であると正しく認識していても、「熊」と間違えていても、引き金を引いて発砲することで、等しく客観的に存在する人に対する危険性は発生するからであるとされる⁶⁾。このような構想は、結果無価値論の立場から、なるべく主観的な要素を違法性から排除するため、いわば例外的に最小限の主観的要素を認めるにとどめたい、そして、仮に故意を主観的違法要素として認めると、行為無価値論の主張を真正面から受け入れることになるので、それは回避したいという発想も見え隠れする⁷⁾。

「行為意思」という概念を主張する論者が、既遂犯についても主観的違法要素として位置づけているのか、今日では、よくわからなくなっている。この点につき、佐伯仁志は、未遂犯の場合にのみ主観的違法要素であるとするのは一貫していないという結果無価値論に対する伝統的な批判について、「違法性や責任の概念は、ある事態が犯罪の認定にとってどのような機能を持っているかを示すためのものである」とした上で、「故意は、未遂段階では結果発生危険性を判断するために必要な要素であるから違法要素であるが、既遂段階では法益侵害はすでに発生しているので違法性判断に不要となり違法要素でなくなるのである」と明言している。このようにして、犯罪論の各段階が犯罪認定のための概念であることを根拠としているが、早すぎた構成要件実現の事例のように、既遂犯の場合でも、実行行為の危険性判断が必要なことに照らせば、未遂犯か既遂犯かで分ける必然性はない。理論的には既遂犯の要件でもあるが、事実上は表面化することが少ないだけのことであろう。

近年では、これまで「行為意思」のみを考慮すべきだとしていた結果無価値論の立場からも、実行の着手の判断にあたり行為者の犯行計画を考慮すべきだされている。犯行計画は、単なる「行為意思」をはるかに越える具体的内容を備えた主観的要素であるが、行為の危険性の判断資料として考慮することには必要性や許容性があるとする⁸⁾。この点について理論的に根拠づける

6) 高山佳奈子『故意と違法性の意識』150頁以下 (1999年)。

7) 誤想防衛におけるブーメラン現象の回避も、理由の一つであろう。

8) 西田・総論 (前掲注1) 325頁、町野・総論 (前掲注1) 337頁、松原・総論 (前掲注

ものはほとんど見られないが、佐伯仁志は、「行為者の主観を危険判断で考慮することが、故意が主観的違法要素であるかどうかと関係がないのであれば、判断の基礎を故意に限定する理由もなくなるので、行為者の計画も危険性判断において考慮されるべきである」、「危険判断において行為者の計画を考慮するということは、人間は行為の計画に従って行動することが多いという経験則に基づいて、将来の客観的な危険を判断しているだけであ」るとする⁹⁾。しかし、「行為意思」の場合と同様、犯行計画を考慮した危険性判断は、既遂犯の場合にも必要な場合がある。さらに、犯行計画は、故意を越えた要素たりうるが、法的に重要なエッセンスを取り出せば、予備から既遂に至る具体的プロセスなのであり、既遂犯の故意に必要な事実認識をカバーしうる内容を備えている。そうすると、主観的違法要素としての故意を認める立場と同じか、違うとしてもその違いは紙一重である。また、「行為意思」を参照すれば危険性判断は可能であるという従来言明が、犯行計画の考慮を容認することと、どのように整合するのかわかりしない。犯行計画は、個々の構成要件の具体的内容に渡るもの、つまり構成要件の予備から既遂に至る具体的プロセスなのであり、そこには、行為客体も当然に含まれるからである。結局のところ、「行為意思」を参照すれば、事実上、危険性判断が可能な場合もあるが、それだけでは足りない場合もあるということを述べているにすぎないように映る¹⁰⁾。

2 主観的正当化要素について

主観的正当化要素をめぐる問題も、行為無価値論と結果無価値論の主要な対立点の一つである。いわゆる防衛の意思をめぐっては、行為無価値論から

1) 338頁、山口・総論(前掲注1)286頁。

9) 佐伯・総論(前掲注1)345頁。

10) したがって、既遂犯についても、故意は主観的違法要素であるというのが素直であろう。

は必要説、結果無価値論からは不要説¹¹⁾が導かれ、偶然防衛の事例¹²⁾では、防衛の意思必要説からは既遂犯が成立、防衛の意思不要説からは正当防衛の成立が導かれるというのが基本的図式であった。しかしながら、今日では、両陣営において、この講壇事例につき未遂犯の成立可能性を認める見解が有力化している。防衛の意思必要説からは、違法な結果が発生していないことを理由に結果無価値が欠けるが、行為無価値が残っていることを根拠とする¹³⁾。これに対して、防衛の意思不要説からは、違法な結果の発生可能性を理由に、未遂犯は成立しうるとする¹⁴⁾。どのような場合に未遂犯が成立するのか、かならずしも具体的に言及されているわけではないが、たとえば、松原芳博によれば、Aが拳銃を発砲しようとしているのを知らずに銃撃したという講壇事例について、「発砲の時刻が多少前後すれば、急迫不正の侵害は存在せず、『違法なAの死』が生ずる」危険性があるとされている¹⁵⁾。

要するに、防衛の意思を不要としつつ未遂犯を肯定する近時の有力説は、防衛状況の認識の問題を、防衛の意思ではなく、未遂犯における危険性の問題として扱おうというわけである。論者がいうような発砲時刻が前後する危

11) 最近では、浅田・総論（前掲注1）235頁。

12) 一般に「偶然防衛」といえば、行為者が急迫不正の侵害にさらされていることを認識していない場合をいう。さしあたり、本稿では、こうした事例を念頭に置くこととする。これに対して、松原・総論（前掲注1）168頁は、侵害の不知、急迫性の不知、不正性の不知、防衛行為の不知、相当性の不知の場合がありうるとする。

13) 井田・総論（前掲注1）279頁以下。

14) 松原・総論（前掲注1）170頁、佐伯・総論（前掲注1）139頁、西田・総論（前掲注1）182頁。町野・総論（前掲注1）280頁も殺人未遂の成立の余地を認めるが、第三者のための偶然防衛（偶発的緊急救助）の設例につき、特に理由は述べることなく不能犯であるとする。山口・総論（前掲注1）131頁は「正当防衛によらずに構成要件を実現する可能性があったと認められる場合……未遂犯は成立すると解する余地がある」とする。

15) 松原・総論（前掲注1）170頁以下。山中敬一『刑法総論（第3版）』497頁（2015年）は、防衛の意思不要説の立場から、「結果発生 of 具体的危険が存在する場合には、危険無価値は存在するのであるから、未遂の余地を認める説をもって妥当」であると、この危険性が肯定される理由は「どちらの法益侵害行為が先行するかによって不法と適法が入れ替わる可能性が大」であるからだとする。

危険がなぜ生ずるのかといえば、「防衛の意思がある場合には、行為無価値がなくなるのではなく、防衛の意思によって結果と因果経過がより確実に支配されているため、不法結果発生危険性が否定されるがゆえに、未遂も成立しない」からだとする¹⁶⁾。しかし、こうしたロジックを前提とすれば、防衛状況の認識がない場合には正当防衛として完全に正当化されることは事実上ありえないことになる。また、危険性という概念で説明はしているけれども、外形的事実は何も変わらないのであり、防衛の意思の有無が、正当化と未遂犯成立を分けているのである。結局は、防衛の意思必要説の立場から未遂犯を肯定する見解と同じことを、裏側から言っているにすぎない。未遂犯にフィールドを移して、防衛の意思を問題にしているわけであるが、単なる「行為意思」を越えた主観的違法要素を認めているのである。

さらに、先行事情が正当防衛の成否にいかなる影響を与えうるかという問題が、古くから議論されている。結果無価値論の立場から防衛の意思不要説をとる論者も、一定の場合には侵害を予期していれば侵害を回避する義務があることを認めている¹⁷⁾。あるいは、意図的挑発による場合は、必要性が欠けるとするものもある¹⁸⁾。つまり、「予期」や「意図」といった行為者の主観的事情が違法性阻却の可否に影響を与えることを認めているのである。判例においては、いわゆる積極的加害意思という構成によって急迫性要件が否定されるという構成が取られ、学説の批判にさらされてきたが、最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁では自招侵害の事例をめぐる積極的加害意思論とは異なる枠組みで正当防衛の制限がなされ、最高裁平成29年4月26日刑集71

16) 山中・総論（前掲注15）498頁注23。いずれにせよ、防衛の意思があることによって「結果と因果経過がより確実に支配される」というのはいいすぎである。こうした理由づけからは、偶然防衛の場合、常に未遂犯が成立することになる。

17) 松原・総論（前掲注1）185頁、山口・総論（前掲注1）。さらに、山口厚『犯罪論の規定と展開』89頁以下（2023年）において、詳細な検討が加えられている。

18) 浅田・総論（前掲注1）241頁。これに対して、井上宜裕「自招侵害論再論」川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕114頁（2014年）は、先行事情は基本的に考慮すべきではないとする。

卷4号275頁では、先行事情にもとづく正当防衛の制限について、かなり詳細な基準が示された。最高裁平成20年決定では、「不正の行為により自ら侵害を招いた」ことが正当防衛の制限の根拠としてあげられており、本事案が故意による暴行の事案であったことに照らせば、この「不正の行為」とは、故意行為、少なくとも過失行為を指すと読むのが自然である。また、最高裁平成29年決定では、「侵害の予期の程度」、「行為者が侵害に臨んだ……際の内容」といった要素に言及されており、他に挙げられている要素についても、行為者の主観の考慮も含意していると見うるものもある。このように、後の反撃行為と一連一体のものとして考慮される先行事情について、行為者の主観がかなり考慮されているのである¹⁹⁾。学説においては、実務と理論の架橋を背景に、こうした最高裁判例を全面的に批判するのではなく、基本的にはそれを受け入れつつ分析、理論的精緻化を試みる見解が主流である。問題は、これまで原則として主観的違法要素を否定していた立場と、どのように整合させるかということである。

3 教育方法論および認定論について

こまかな理論構成の対立は置くとしても、以上のことから分かることは、結果無価値論をベースとする犯罪体系においても、「違法は客観的に、責任は主観的に」という客観的違法論はもはや意味をなしていないということである。それどころか、違法性の判断にあたっては、主観的要素と客観的要素を合わせ見なければならない、さらにいえば、主観的要素がかなり重要な役割を果たしているのである。これは、一般的に責任の段階に位置づけられる要

19) 前田雅英「正当防衛の急迫性判断と主観的違法要素」日高義博先生古稀祝賀論文集上巻214頁(2018年)は、「急迫性判断において、積極加害『意思』を重視しすぎる下級審の判断を修正した」と指摘している。積極的加害意思は考慮要素の一つにすぎないとした点はそのようにいえるだろうが、判例が主観的要素を重視している点に変わりはない。

件にもいえることで、たとえば違法性の意識の可能性を問題とするとき、行為者の心理内容だけでなく、外部的な状況も含めて総合的に判断されている。犯罪体系には、教育方法論的 (didaktisch)²⁰⁾ または認定論的²¹⁾ な意義があるといわれることもあるが、原則として主観的違法要素を排除し、構成要件の故意を否定する体系は、教育や認定の際に実用的なのであろうか。

中山研一は、「犯罪行為自体は主観と客観の有機的な統合体であり、その成立の過程は主観からはじまって客観におわるものといってよいが、行われた犯罪の成否を『認定』する体系は、丁度その逆でなければならない²²⁾」、「この考え方は、行為主義と結果無価値論を支える基本的な前提である²³⁾」とする²⁴⁾。しかし、主観と客観にこのような先後関係が存在するのであろうか。犯罪の認定についていえば、われわれは、ある行為が構成要件に該当するかどうかを認定するとき、かならずしも主観と客観どちらか一方にだけ焦点を当てているわけではなく、主観と客観の双方の間で視線を往復しながら、ときには、同時に参照しながら判断しているというのが現実ではないかと思われる。たとえば、客観的帰属の対象となる実行行為の特定の際、われわれは、これまでの経験によって培った枠組みを使って、事案の中から、主観と客観の統合体としての許されない危険を創出する行為を選別し、その行為から主観的要

20) Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 7 によれば、Liszt にとって、「解釈学は単なる技術論ないし技術的手法の地位を持つものにすぎなかった」(Fn. 51) とされる (ここでは飯島暢ほか監訳「ミヒヤエル・パヴリック『市民の不法』(2) 関西大学法学論集63巻4号231頁〔川口浩一訳〕の訳をそのまま用いた)。

21) 平野龍一『刑法総論 I』87頁 (1972年) は、「理論的な体系をあらかじめつくっておくことによって、裁判官は個々の事件の処理にあたって、感情や事件の特殊性にとらわれず、適正で斉一な裁判をすることができる」として、犯罪体系の認定論的な意義を強調している。

22) 中山研一『刑法総論』119頁 (1982年)。

23) 中山・総論 (前掲注22) 120頁注5。

24) 故意・過失を含めない構成要件と故意・過失を含む責任を合わせて犯罪類型が犯罪個別化機能を担うとする見解が有力に唱えられているが (松宮孝明『刑法総論講義 (第5版補訂版)』56頁以下 (2018年) など)、こうした見解をとっていた山口厚は、近年、故意・過失を構成要件要素とする見解に改めている (山口・総論 (前掲注1) 35頁)。

素と客観的要素を抽出して、主観的要件と客観的要件に振り分けているのである。また、構成要件段階で主観面、すなわち故意を参照しないことは、客観的帰属（法的因果関係）の判断にも影響する。実行行為が、故意犯、過失犯、結果的加重犯のいずれにあたるかで、結果帰属の範囲は異なりうるからである。たとえば、周知のトランク事例（最決平成18年3月27日刑集60巻3号382頁）では、基本犯が監禁罪であるため、監禁罪固有の危険が死の結果に実現しているといえるかという論点が生じるのである。過失犯の場合、故意犯の場合とは異なる帰属判断がなされるのであり、さらに、過失犯の中でも、自動車による交通事故、管理監督過失といった種別に応じて、それぞれに特有の帰属判断が行われている。また、共同正犯についても、主観面にかかわる共謀の認定について構成要件の段階で行わなければ、つまり、仮に構成要件段階では故意犯か過失犯かもはっきりせず、同時犯か共同正犯かもはっきりしないのであれば、あらゆるパターンについての帰属判断をした上で、違法性の段階に駒を進めることを余儀なくされてしまう。

4 行為論について

このように、犯罪論体系のいずれの段階においても、基本的には主観面と客観面を合わせ見ることが要請されることは、行為論の議論を参照することで明らかになる。そもそも、故意を含む主観的要素が違法要素、さらには構成要件要素であることを基礎づけたのは Welzel である。Welzel は、人間のあらゆる行為は、価値的に見れば、行為の価値と事態の価値という観点から評価可能であるとし、行為価値・無価値の評価のためには、故意を含む主観的な要素の考慮が不可欠であるとした。こうした人的違法論のベースにあるのは目的的行为論であり²⁵⁾、「人間の行為は目的活動を遂行すること」であり、

25) 目的的行为論の枠組みを支持する最近の文献として、井田良・総論（前掲注1）262頁以下がある。ただし、行為概念を「人の意思による支配とコントロールの可能な身体的態度」と定義し、「『目的的意思によって統制・支配しうる範囲内にある人間の積

因果的な事象を操縦する意思が行為の中心にあると説いたのであった。この目的的行为論は、ドイツのみならず、日本でも一世を風靡し、構成要件に該当する行為が主観と客観の統合体であるという見方を普及させたといえる。しかし、このWelzelの目的的行为論は、不作為犯や過失犯をうまく説明できないなどと批判にさらされるなどして、やがて支持を失っていった。

たしかに、Welzelの目的的行为論にはいくつかの問題はある。そもそも、行為者が目的を設定して、一定の結果を実現するという枠組みは、因果的な発想ともいえ、規範的な考慮が前面に出てくる不作為犯や過失犯の説明にはなじみにくいものであり、別の説明を要することになる。また、行為者の心理的な内面それ自体は、直接的に把握しえないものであるため、行為者の目的の設定を存在論的にとらえようとするのは、限界に直面することになる²⁶⁾。

比較的新しい議論では、志向的行为論という見解が唱えられているので²⁷⁾、最後に少し触れておくことにしたい。これは、人間の行為を因果的ではなく、志向性の次元でとらえようというものである。この見解は、人間の行為を「行為者の意図、目的、目標あるいは意味の次元で『理解』しようとする」²⁸⁾立場である。精神的なものを他人が理解するためには、言語によるしかなく、概念的経験に基づかなければならないが、「そのような概念は、概念の

極的・消極的態度』という定義と実質的に同じである」とする(265頁)。

- 26) もっとも、増田豊『刑事手続における事実認定の推論構造と真実発見』102頁(2004年)によれば、Welzelは、行為を意思によって設定された「意味の表現」として特徴づけ、「社会的現象」として位置づけていることから、行為を社会的な文脈の中で捉えようともしており、すぐ後に挙げる志向的行为論との共通性が見られることを指摘している。Welzelの行為論は、因果論的な観点と規範的な観点とが入り交じったものと評価できよう。
- 27) 志向的行为論については、伊藤寧ほか『刑法教科書総論(上)』107頁〔松生光正〕(1992年)以下、増田・刑事手続(前掲注26)50頁以下、杉本一敏「規範論から見たドイツ刑事帰属論の二つの潮流(上)(中)(下)」比較法学37巻2号、38巻1号、同2号がくわしい。竹内健互「故意の意的要素とその理解をめぐって」駿河台法学32巻1号1頁(2018年)、川口浩一「行為概念の説明機能」奈良法学会雑誌9巻1号43頁(1996年)も参照。
- 28) 伊藤ほか・総論(前掲注27)107頁以下〔松生〕。

正確な使用を可能とする、学習され理解された規則に基づいて」といわれる²⁹⁾。そして、「精神的なものを直接的に実体として把握できないのであり、それらに関する概念を社会的なコミュニケーションと相互作用に基づいてのみ学習し、理解しうる」、すなわち、「行動は、行為者自身によって、あるいは外部の観察者によってより広い観点からとらえられ、目標や認識の文脈のなかに置かれることによって、はじめてその志向的性格を獲得するのである³⁰⁾。たとえば「意図する」という表現は、行為者にとっては意味がなく、他人に対する説明としてははじめて意義を獲得するのであり、行為者は「意図する」という意思活動をしてから行為に出るのではなく、あくまでも、そうした意思活動の内的体験は行為者にとっても事後的なものであるとされる³¹⁾。「我々は、一定のやり方で、特に一定の目的を達成するようにふるまう行為者の傾向を表現しているのである。それは、……一定の状況と行為との関連から明らかとなり、それから切り離すことができないもの」なのである³²⁾。

このようにして、志向的行為論とは、ある行為について、それがなされた理由を事後的に社会的な文脈の中で規範的に解釈していこうとする立場であり、従来の因果的な思考とは方法論のレベルで発想の転換を図るものである。この見解は、理論的問題だけでなく、刑事訴訟における主観的要件の証明、さらには、犯罪体系を用いた教育や事実認定の局面において実践的な内容を含むものでもあるといえる³³⁾。その基本的な枠組み・方向性は支持することが

29) 伊藤ほか・総論（前掲注27）108頁〔松生〕。

30) 伊藤ほか・総論（前掲注27）109頁〔松生〕。この部分は von Wright, *Explanation and Understanding*, 1971, S. 43の引用である。von Wrightの行為論について検討を加えた新しい刑法の文献として、高橋ほか・理論刑法学（前掲注2）41頁以下〔杉本〕がある。

31) 伊藤ほか・総論（前掲注27）108頁〔松生〕。

32) 伊藤ほか・総論（前掲注27）109頁〔松生〕。

33) 伊藤ほか・総論（前掲注27）105頁〔松生〕は、「人間の態度をいかなる観点から考察するかという基本問題は、構成要件、違法、責任という刑法体系の各段階で決定的な意義を有する」とし、「構成要件や違法において主観的なものを考慮するかどうかに影響する」とされる。

できるものであり、今後は、この行為論が示した観点から行為概念を明確にすることが必要となろう。

むすび

高橋則夫は、「結果無価値論の優勢を招来した結果、行為論や規範論などが放逐されたことは、刑法学を狭い領域に押し込めたように思われる。……わが国では、哲学、社会学などの周辺科学と刑法学との連関が切り離されてしまった」³⁴⁾と指摘している。実務との距離が接近する中で、そうした傾向がますます加速された側面もある。しかしながら、実践的な問題の解決を念頭に置いて犯罪体系を機能的に構築する場合でも、違法性の本質といった理論的問題、さらには行為論への言及は不可避であるように思われる。これらの議論は、以前ほど活発ではないが、そうした中でもすぐれた業績は積み上げられている。今後は、それらの成果を受け継ぎ、より実りのある議論を展開することが求められている。

34) 高橋ほか・理論刑法学（前掲注2）328頁〔高橋〕。

