

ブツシユ「近時における犯罪論の變動」

Moderne Wandlungen der Verbrechenstheorie;

von Richard Busch (Recht und Staat, Bd. 137, 1949)

中 義 勝

本書は一九四七年七月九日著者 Richard Busch が Bonn 大学に於てなした就任講演を基とし、これに若干の設例と参照文献を附加して一九四九年叢書 *Recht und Staat* 第一三七号として公刊されたものである (S. 2)。僅か四四頁の小冊子ではあるが、内容はその肯背の如何により通説的犯罪論体系の死活を決する問題として、最近のドイツ刑法学界に管てなきまでの深刻な論議の存し、我国に於ても平野・平場・井上・中武の諸家により早くも来るべき波瀾の第一石が投ぜられてゐる所謂目的々行為論に関するものであり、就中、この説の創唱者であり現に育成者である H. v. Weber, H. Welzel, Graf zu Dohna 等の目的々行為論内部での学説の差異を鋭く剔抉披瀝しつつ著者の拠るべき説をも指摘してゐるなど、看過すべからざる重要な問題点を含むものである (尤も著者は、今一人の有力な目的々行為論者 Maurach が一九四八年八月に公刊した *Grundriss des Strafrechts, Allgemeiner Teil* を入手したのは既に本書の印刷準備成るの後であつたから、これを註においてのみ参照し得たにすぎなかつたこととわつてゐる) (S. 2)。

さて本書は九節に分れ、各節には特に標題が示されてゐるわけではないが、その内容から推して仮りにこれを名づ

けるなら以下の如く整理されるものと思ふ。一、はしがき(S.3)、二、古典刑法理論の構造(SS.3~4)、三、規範的責任論(SS.4~5)、四、主観的違法要素(SS.5~6)、五、自己の体系と矛盾する分子を腹中に包懐しつづまます複雑化して行く古典的刑法論体系(SS.6~7)、六、目的々行為論を根幹とする新しき犯罪論体系の概観(一)(SS.7~14)、七、同(11)(SS.14~34)、八、過失構成要件(SS.34~35)、九、刑法思想の人格的転回(SS.35~37)、以下註(SS.37~44)。それ故以下に於ては右に示した順に従つて、且つ理解上必要と思はれる簡約・補説をも交へつつその内容を紹介して行くこととする。

一、犯罪論体系は最近一五年の内に、新しき構成への一步を踏み出し、今やそれは無視出来ない程の明かな姿を以て我々に対決を迫つてゐる。(ここプッシュはウエーバーの Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935 を暗に念頭に置つてゐるものと察せられる)。そしてこれは目的々行為概念に基く新しい構成要件論と深きつながりをもつものであつて、この小論はかような遍歴の過程及びそこでもされてゐる問題を明かにすることを目的とする。

二、古典的刑法論は純客観的違法論と心理的責任論とを骨子とする。従つてこれは犯罪の外部的(客観的)側面を違法性に、内部的(主観的)側面を責任に配列し、故意犯と過失犯とに共通の客観的構成要件と云ふものを考へると共に、故意と過失を責任の二形式又は二種別なりと観念する。そして体系的にはかような違法論及び責任論に先行しつつ、実は観念上これらを前提とする自然的乃至因果的行為論が犯罪の最上位概念乃至礎石(Eckstein)として位する。(以上によつても知られる如く、こゝに所謂古典的刑法論とは旧派乃至応報刑主義とも呼ばれる古典学派の刑法論の謂ではなへ、Beinig, Lehre vom Verbrechen, 1906 により代表的に展開されてゐるその事である)。

三、然し、「客観的なものはすべて違法性に、主観的なものはすべて責任に」、と云ふこの簡明な古典的刑法論の公式も、何時までも安泰ではあり得なかつた。第一に批判の俎上にさらされたのは心理的責任論である。即ち過失の有責任性を、行為者の結果に対する心理的關係により証明しようとする凡ゆる努力は無駄であつた。かくして一九〇七

年 Frank の Aufbau des Schuldbegriffs に端を發して遂に今日の通説となつた規範的責任論がこれに代つた。然しながら尙この説も心理的要素を責任から驅逐するまでには徹底してゐなかつた(これに関して Weikel, um die finale Handlungslehre, 1949 SS, 24ff. と Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950S, 41 は全く対立的な意見を發表してゐる。尙平野「故意について」法協六七卷四号六六頁参照)。即ち規範的責任論も根本的には古典刑法論体系の公式を承認し、かくして一旦向けられた猜疑の眼を一層透徹して体系そのものに向けるほどの事がなかつた。

四、次に純客観的違法論が批判の俎上にさらされた。即ち人間の態度は、それが淵源する心情や又それが志向する目的により、時には違法であり又時には適法である事がある。これが Hegler (1914) 及び M. E. Mayer (1915) により基礎づけられ、すぐれて Mezger (GerS, Bd. 69) により一層發展せしめられた主観的違法要素論である。かように、主観的なものも違法に関係があるとすれば、客観的なものも責任に関係があるのではないか、かく自問して見る事が思惟の当然のみちすじである。果せるかなヘーグラール (1929) により発見された客観的責任要素はこの間に答へる事となつた。かくして従来公式はもはや蔽ふべからざる崩解の萌しを見せる事となつた。

五、今や古典犯罪論体系の全面的再検討のための充分な助走点 (Ansatzpunkt) が整へられた。にもかかはらず人々はいかなる諸要素の存在を確定するだけで満足し、それ以上には出ようとしなかつた。かくして自己の体系とは矛盾する分子を自己の腹中に包懐しつつ、しかもこの体系は根本的な再検討を加へられる事なく、その内容を一層複雑にしつつ生きつづけた。

六、以上のやうな矛盾を一身に背負つて新なる犯罪論体系の樹立を目論んだものこそ、目的々行為論であつた。そしてこれは、先づ故意犯と過失犯を存在論的に構造を異にする独立の構成要件であるとして區別した。ウェーバーが最初に口火を切りウェルツェル、ドーナもこの途を採つた。そして彼等によれば、行為とは行為者の主観によつて魂を

入れられたる客観的態度、即ち主客相即の態度であるに反し、因果的惹起とは行為者の現実的主観とは無縁な盲目的惹起である、そしてこれが回避可能な時にのみ刑法的意義がある（過失犯の場合）。かくして故意は、行為をして行為たらしめる核心的モメントとなる（これを故意と呼ぶ事には異論がある。例、メッガー。結果の認識とこの認識に従つて因果關係を目的々に操縦する意思力といふ限度でさし当りこれを故意と称しておく事とする）。そしてこの行為の刑法上の特別の類型が構成要件に他ならぬとすれば、故意は直ちに構成要件の要素であり、且つ構成要件は違法類型に他ならぬものとすれば、これは実に一般的な主観的違法要素であつて、従来の如く責任要素ではない（この最後の点にも異論がある事は上述した）。

さてこの目的々行為論を根幹とする犯罪論体系の内部にあつても、ウェーバー、ウエルツェル、ドーナ（及びマウラツハ）の考へ方には多少の差異がある。先づ行為論乃至構成要件論においては、ウェーバー及びドーナは故意的行為と過失的行為、故意犯の構成要件と過失犯の構成要件を夫々始めから独立別個のものとして平等の資格においてこれを並列した（マウラツハも同説。尙参照平場「刑法の行為概念と行為論の地位」小野博士選歴記念論集（一））。これに反してウエルツェルは、故意行為に存する現実的目的性と過失行為に存する可能的目的性、の両者に共通的目的性なるモメントにより両者の上位概念としての目的々行為を構想する事を可能の如く考へた。とは云へウエルツェルが両者を結合したのは決して深い理由があつたからではない。即ち彼はその後直ちに故意犯と過失犯を分離せしめ、両者に共通の客観的構成要件と云ふものを否定してゐるからである。

次に責任論に関してであるが、結果の実現に向けられた意思が行為論及び違法論に属するに對し、かゝる意志の形成こそ固有の責任の問題である、と云ふことをあらかじめことわつておかねばならぬ。先づウエルツェルは「反法的衝動に対する意思操縦の附加の欠缺又は不足による法的當為要求（義務）の不履行」の中に責任の本質を見ようとする。然しながら當為要求（義務）の不履行は、意思形成及び意思実現を含むところの態度の違法性を意味する。我々はかよう

な義務の不履行に対してでなく規範違反的意思決定に対して責任判断をなす。ドーナもかつて期待可能性の思想は義務違反性の思想と同一であるとなしたが、近時「責任とは義務違反的意思決定である」となすにいたつた。ウェーバーの考へは以下の如きである。我々は行為者が可罰的行為を犯した事に対して何事かをなし得た時、即ちその行為が彼にとつて回避可能であり、不可避の運命ではなかつた時のみ責任非難をなす。彼が法と不法との間の選択の自由をもつてゐた時にはそれは回避可能であつた。ノルマルな関係におけるノルマルな人間はかような選択の自由をもつ。かくしてウェーバーは違法性と責任にとつての一つの新しい区分の原理即ち *Sollen* と *Können* を獲得得た(ブッシュ自身はこれに賛成。反対 *Mezger, a. a. O. SS. 35 ff.*)。(尙イチャラツハは全く独自の途を歩む)。

最後に、未遂や共犯も目的々概念である。従つて未遂及び共犯は必然的に故意犯論に含まれねばならぬ。未遂犯はウェーバーにおいては故意の結果犯及び過失犯と並んだ独立の犯罪類型として取扱はれてゐる。これに反しドーナにあつては犯行の状況、ウェルツェルにあつては犯罪実現の段階として取扱はれてゐるから、これにあつては、従来の体系はそのまま維持されてゐる。又ウェーバー及びウェルツェルの体系では共犯は正犯と共に違法論で取扱はれてゐる。即ちウェーバーにおいては主観的構成要件論において、ウェルツェルにおいては違法行為論において。(マウラツハは豫備及び未遂を故意犯の実現段階として、正犯及共犯を過失犯の後、*Tat- und Tätermehrheit* の章中で論じてゐる)。

七、本節は更に六つの部分に分たれるが、その内最も重要と考へられる三つの問題につき考察を進めたい。

(1) 未遂(SS. 14~17)。大審院の未遂に関する見解を要約すれば、行為者の決意が犯罪を直接に実行にもたらす筈のものである時には未遂が存し、これが実行を可能ならしめるにすぎぬ筈のものである時には予備が存する、といふ事になる。この説によれば不能犯就中迷信犯も理論上未遂の中に入る事となるが、同院が特に後者を不可罰なりとしてゐるのは首尾一貫してゐないと評せざるを得ない。尤も同院は、かように可罰性を制限する理由を未遂そのものにではなく、これ以外に存する刑事政策的観点に求めてゐる(然し惟ふに、かく理論上未遂の成立を認めながら、その当罰

性を刑事政策的観点から排除する事は、結局理論の放棄に他ならぬ。通説はこの問題を所謂危険説で以て片づけられてゐる。ウェーバーやドーナもこれに倣ひ、ウェルツェルは法秩序の現実性及び妥当性に対する意思の危険性と云ふ事を引き合ひに出す。即ち現実性の地盤を失へる意思(迷信犯の場合)は法秩序の妥当性を動搖させないと説く。(私見によれば、この問題こそ目的々行為論により強調されてゐる故意を欠く場合として解決される好個のものやうに思ふ。参照牧野「刑法総論」三四八頁)。

(2) 共犯(SS. 17-24)。共犯形式は意思の内容により相互に及び正犯に対して區別される。正犯は行為を自己のものとして *animus auctoris*、共犯はこれを他人のものとして *animus socii* 欲する。然しこのアニムス形式は意思内容の問題であると共に、意思実現の問題、即ち行為支配の問題であると云ふ事に注意する必要がある。大審院の判例は、その「超主観的」脱線と云ふ事を大目に見れば正しい方向を示すものであり、且つその理論的根柢を目的々行為論に見出すものである。次に従属性の問題は、正犯の行為が存する時にのみ共犯は可罰的であるべきか、及び茲に言ふ行為の下に何が理解されるべきかと云ふ二つの問題を含む。第一の問題は実定法的規則の問題だ。一九四三年以來教唆未遂及び幫助未遂は特別犯として可罰的だとされる。第二の問題に関しては従来極端従属形式が通説的地位を占めてゐるが、その主因は故意を責任形式と考へてゐた事に存すると思ふ。これによれば責任無能力者に対する共犯は考へられず、黒幕は間接正犯となるが、例へば、放火しようとする精神病者Aの願を容れて、情を知つてゐるBが爆薬を彼に手渡したと云ふやうな場合、AはBの道具として働いたものとは到底考へられない。又この説に従へば、共犯者が、実行者が実は責任無能力者であるのにこれを知らなかつたとか、反対にこれを責任無能力者であると間違へたりした時には一層複雑となる。さて、刑法第五〇條第一項は新たに、一ケの行為に対する数人の共同者は他人の責任を顧慮する事なしに、自己の責任によつて罰せられる、と規定した。この事から、もしも故意を責任の構成成分だと考へるとすれば、他人の非故意的な行為に対する共犯成立の可能性が与へられてゐるやうにも思はれ、又事実

Schinke は過失行為に対する共犯のみならず、非故意的にして無責任行為に対する共犯の可能性をも肯定した。これによれば情を知らない看護婦をして患者に致死効ある注射をなさしめた医者は正犯でなく、看護婦により過失的又は無責任なされた殺人に対する教唆だといふ事となる。この結論は明かに不当である(ウエルツェル)。目的々行為論にとつては他人の行為とは客観的及び主観的構成要件を充足する行為である。責任の問題は故意には関係がない。従つて責任無能力者に対する共犯も可能であり、且つ責任能力に関する錯誤により共犯が間接正犯になつたり、又逆になつたりするやうな事はない。

(3) 禁令の錯誤(S. 27-28)。判例・通説は違法性の認識を故意の要素と考へ、禁令の錯誤を構成要件要素の錯誤と同視する。この立場を貫けば、例へば殺人享楽狂が犯した殺人事件のやうな場合には、彼には違法性の認識はなく、従つて通説は故意——責任を阻却して耐へ離き無罪放免をするか、それとも事実を無視して違法性の認識を假定——従つて故意——責任——の存在を假定するか、の二者択一をなさざるを得ぬ窮地に追い込まれる。前者をとる時は、ただこの法律の不知が回避可能な時に限つて、而も実定法上過失を罰する旨の法規が存する限りにおいてのみ、高々過失犯を以て罰せられるにすぎない。後者を認める事は擬制に他ならぬ。禍根は言ふまでもなく違法性の認識を故意の要素と考へる事に在る。然しながら行為が禁ぜられてあると云ふ事は構成要件のメルクマールではあり得ない、何となれば構成要件の実現こそ禁令の対象なのだから(ドーナ)。 (尙ブッシュの以下の言葉は、終戦後のドイツの現況を如実に窺はしめるに足るもので、同愛の感に耐へない。曰く、通常の時代にあつては、何人かが回避可能にか又は回避不可能にか、自己の可罰的行為を誤つて法上許されてあるものと考へると云ふやうな事は殆んど起り得ないであらう。然し統制経済規定の充実によつてのみならず、外力による支配関係の変更期の規範状態についての不確実性によつても、又多くの守備地域毎の法秩序の差異によつても、法律の錯誤の事件は全くの例外現象ではないのである)。

八、目的々行為論によれば、故意と過失は全く同等の資格で並立する異質物であり、且つ後者においては違法性と

責任とが不可分的に結合される。先づウエルツェルは、過失において責任から分離された違法構成要件を取り出す事の可能性及び理論的必要を否定した。蓋し、責任能力ある行為者にとつてのみ結果は目的々に回避され得るのだから、その違法性は行為者の責任能力に依拠する。ウェーバーは過失にあつても違法性と責任を *Sollen* と *Können* によつて峻別しようとした。然るにこの場合の *Sollen* とは社会侵害の結果惹起の可能性に關して注意深い態度をとるべし、といふ事であり、且つこの *Sollen* はかかる態度をとり得る者 (*Können*) に対してのみ妥当するとすれば、ここでは違法なる過失行為は常に同時に責任能力者によつてのみ犯されねばならぬ事となる。ドーナによつても違法性は行為者の責任能力にかからしめられてゐる。(以上と同説中武「主観的正犯概念(二)」論叢五七卷四号七〇頁)。ここまでは問題がない。然るにウエルツェルは過失犯における目的、回避可能性なるモメントを、故意行為との共通の上位概念へと結ぶために利用した。従つて彼の過失犯の構造は *Engisch* が評した如く、違法——責任論がすべて行為論によつて吸収される事となる。

九、規範的責任論及び主観的違法要素論に端を發した古典犯罪論体系の動搖は、遂にその当然の帰結として新しい犯罪論体系の樹立をうながし、ウェーバー、ウエルツェル、ドーナ(及びマウラツハ)等の目的々行為を根幹とする新犯罪論体系を生ぜしめるに到つた。尤も新犯罪論は何れかと言へば未だ周く行われてゐるとは言へぬ。特に故意を責任から分離する事に關しては根強い反情が存する事はたしかだ。かつて *Kohlrausch* は、結果の認識及び意欲としての自然的故意は意思的行為の概念本質的前提なのか、それとも責任に属するのか、と問ひ、自らは前者をとつた。そしてかような傾向は近時次第に他に及びつつある事も亦たしかなのである。刑法思想の人格的転回 (*personale Wendung*) は同時に従来の責任原理の精練をも必然づける。それは行為者と行為との正しい判断への一步前進を意味する。

以上によつて本書の紹介はやや詳細にわたり得たかに思ふ。尤も文中その意を測つて言葉を補つた箇所も少くない

が、すべて原意を逸脱するものではないと信ずる。ともあれ我々は、本書によつて新興勢力としての目的々行為論と、これに対する根強い反情、及び目的々行為論内部における学説の差異を概観し得たわけであるが、事が全犯罪論体系にわたる問題であるだけに、これに対する賛否は極めて慎重を期さねばならぬであらう。この紹介が読者諸賢の犯罪論体系の構想に幾分の寄与をなす所があるとすれば、以て望外の喜びとせねばならぬ。(昭和二七・三・一二)