

目的主義的犯罪理論・とくに過失を中心として

——批判的考察——

アルトワール・カウフマン

西原春夫 訳

して、第三は、実際のな『限界要素』としての行為であり、この場合には、行為の概念は、刑法的重要性の最低の段階をなすことになる。^(一)

行為概念をめぐる論争は、すでに半世紀以上続いているわけであるが、ドイツでは、その過程中に、行為理論の四つの基本的な類型ができてきた。

(一) 第一は、いわゆる因果的(または自然的あるいは自然主義的)行為論である。この理論は、本来『意思表示動の結果惹起』ということを狙いとするものであって、その主な主張者としては、ベリング、フォン・リスト、ラートブルッフ、シェーンケなどをあげることができ、また、のちには、もちろん条件付ではあるが、メツ

私の恩師グスタフ・ラートブルッフがその著『刑法体系における行為概念の意義』をあらわしたのは、一九〇四年のことであったが、それ以来、理論刑法学における行為概念をめぐる論争は、もはや止むことのない状態となつて今日に至っている。論争にあたっては、行為概念の持つ三つの主な機能が、常に批判的にクローズアップされてきた。すなわち、第一は、行為概念以外のすべての犯罪標識の、論理的な『基本要素』としての行為であり、第二は、体系的な『結合要素』としての行為であつて、この場合には、行為という概念が、その他の犯罪標識をすべてカッコにくくることになる。そ

目的主義的犯罪理論・とくに過失を中心として

ガー、シュレーダー、ユルゲン・バウマンなどもあげることができ
る。

(2) 第二は、いわゆる目的の(または主観的目的)行為論であって、それは、本来『意思表動の目標指向性』を狙いとするものである。目的的行為論は、最近のドイツ刑法理論において、最初ヘルムート・フォン・ヴェーバーによって創唱され、のち、とくにヴェルツェル以下、リヒアルト・ブッシュ、マウラッハ、アルミン・カウフマン、シュトラーター・ヴェルツェル、それに惜しまれつつ天逝したヴェルナー・ニーゼなどによって主張されている。

(3) 第三は、いわゆる徴表的行為論であって、それは、本来『意思表動の心理的な状態』を狙いとし、ユルマンとテザールを主な主張者とする理論である。

(4) 第四は、いわゆる社会的行為論(またはしばしば客観的目的的行為論とも呼ばれる)であって、この理論は、本来『意思表動の法的社会的意味性』というものを狙いとするものである。社会的行為論は、今日のドイツでは、もともと賛同者が多いといえるであろう。例えば、エーバーハルト・シュミット、エンギッッシュ、ヘルムート・マイヤー、リヒアルト・ランゲ、マイホーファー、イェシエック、エーラー、ロクシンがそれであり、そのほか、なお、多くのとくに若い刑法学者の名をあげることができる。ドイツではヴェルツェルのいうような意味での目的的行為論が、支配的であるかのように外国ではしばしば考えられているようにあるが、決してそうではなく。

私は、ここに、行為理論についての四つの基本的な類型をあげたが、それは、いうまでもなく、それらの混合形態が存しないという意味ではない。また、それは、それぞれの行為理論が人間の行為のたったひとつの面だけを顧慮し、他の面をまったくかえりみていない、というのでもない。例えば、いわゆる因果的行為論は、行為の有意性という標識の中に目的的要素をも含めているし、他方いわゆる目的的行為論も、因果性とか行為の意味性というものを完全になおざりにしているわけではない。それ故、私どもが分類をなすにあたって問題となるのは、それぞれの行為理論に類型的な特徴を選び出す、ということである。

さきに述べたように、(主観的)目的的行為論が、ドイツにおいて決して支配的ではないにしても、この理論——とくにその主唱者であるヴェルツェル——が、ドイツの理論刑法学に著しく持続的な影響を与え、これを実り豊かにしたことは否定しえない。それ故、この理論と対決することは常に必要であり、これについては、詳細に論じかつ説明するに値する非常に多くの個別的問題がある。しかし、ここでの短かい講演でそのすべてを顧慮することは、とうていなしうるところではない。そこで、私は、大体において、(主観的)目的的行為論がその当初からまさにもっとも難渋してきた過失の問題に限定したいと思う。

(一) 上の点については、Mahofer, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953. とくに六頁以下参照。

因果的行為論によれば、行為の性格にとって問題となるのは『有意性』という要因であり、意思が外部的な態度となつてあらわれた、ということだけが問題となるのであつて、意思がどのような内容のものであるかは、問題となつてこない。意思内容は、この理論によれば、もっぱら責任の問題とされるのである。

ここに、(主観的) 目的的行為論が因果的行為論からはなれる決定的な点が存する。意思内容は、目的的行為論によると、責任を論ずる場合にはじめて問題となるのではなく、すでに行為を論ずる場合に問題とされる。哲学者ニコライ・ハルトマンの影響を受けた目的的行為論者の見解によると、人間の行為の構造は、三つの段階に整序されるものと考へられてゐる。(イ)第一は、実現すべき目的を意識の中で設定すること、(ロ)第二は、この目的を達成するための手段を、同じく意識の中で選択すること、そして、(ハ)第三は、このようにして選択した手段によつて所期の目的を実現すること、この三つの段階がこれである。(三) 行為の本質は、この見解によれば、それ故意識の中で行なわれる行為目標の予測、ならびに、この行為目標に向かつて事態を操縦すること、しかもこの操縦は意識から外部へ表動したものであること、の中に存することになる。この場合、目的的行為論者は、このような意識および意思の過程を、本来的な目的性としてとらえているのであり、彼らは、人間の行為を純粹に主観的に規定しているのである。このような意味で、ヴェルツェル

目的主義的犯罪理論・とくに過失を中心として

は目的性というものを『現実の出来事を操縦意思によつて実際に決定しつくすこと』というように定義しているし、また『因果的事象を操縦するところの、目的を意識した意思』とも述べている。(四) 同じような意味で、マウラッハは『かじをとる意思』という用語を、ブッシュは『目的に向かつて行動しようとする意思』という言葉を用いてゐるのである。また、目的性は『見ていること』であり、因果性はこれに反して『盲目であること』だということにもいわれてゐる。(五) このように理解された目的性にとって本質的なのは、それ故、意思であり、しかも、因果的な行為の成行を、頭の中で予測された目標に向けて意識的に操縦する意思だということになる。ヴェルツェルは、『故意は目的性にとって絶対に欠くことのできない要素である』と述べてゐるが、それは、そのかぎりにおいて当然のことである。同様に、ブッシュも『行為を担うところの、目的に向かつて行動しようとする意思は、故意と同じである』と述べ、ニーゼも、故意を『法的に重要な目的性』と呼び、マウラッハも、故意は『主観的構成要件の実現に向けられた目的性にほかならない』とみてゐる。(六) これらすべてのことから、かの有名な結論が生じてくるのであつて、故意は責任の観点からはじめて評価されるのではなく、すでに行為および不法行為の観点から評価されるべきものとされるのである。ニーゼは、『刑法上有効な目的的行為概念の主張者といふるのは、故意を不法行為の中に属させるものだけである』といふことを明らかに強調している。(七)

このように、故意を行為の目的性と同一視することから、刑法体系および理論刑法学にとって重要な一連の帰結が生ずる。とくに著しい帰結の一つに、——これは目的的行為論者に対してしばしば非難の提起されている点であり、私はその非難を正当と考ええる——『責任概念を無内容にする』ということがあげられる。実際、すべての実体的な責任構成要件は責任からとり出され、行為論および不法行為論に移される。責任に残るのは、ただ、非難可能性という純粹に形式的な標準だけ、ということになる。たとえば、ヴェルヘルは『責任概念それ自体は、主観的內心的要素を分離し、非難可能性という規範的な標準だけを残すこととなる』と明言している。同様のことを、マウラッハやその他大部分の目的的行為論者も表明しているのである。しかし、『非難可能性』は責任の形式的な特性だけに止まるものではないのであって、責任の本体は、非難なきもの——すなわち不法の故意——それ自体の中になければならない。『非難可能性』は責任の一つの帰結⁽¹¹³⁾であって、責任それ自体ではない。

(主観的) 目的的行為論の第二の克服されない難点は、不作為犯に関するものであって、不作為犯の場合には目的的行為論の特徴つけたような意味における目的性、すなわち『実現意思』というものは、存しないか、または少なくとも存しない場合がありうる。ヴェルツェルは、それ故、不作為は存在論的にみると行為ではない、と述べており、アルミン・カウフマンは、それよりもむしろ先に進み、不作為を特徴づけて、それは行為と相対立する完全なアリウワ

(他者) である、として⁽¹¹⁴⁾いる。以上から生ずる帰結は、作為と不作為とを包括するひとつの統一的な刑法体系は(主観的) 目的的行為論の基礎原理の上には築かれえない、ということである。アルミン・カウフマンは、それ故、まったく首尾一貫して、将来の刑法に對し、不純不作為犯に関する特別の法定構成要件を設けるよう要求している。——この要請が、實際上決して実現することのなきならぬものである。

(11) Klug, Der Handlungsbegriff des Finalismus als methodologisches Problem, Prolegomena zu einem axiomatischen Handlungsbegriff; in: Philosophie und Recht, Festschrift für C. A. Engge, 1960, S. 33ff. 参照。

(12) Welzel, Das deutsche Strafrecht, 6. Aufl. 1958, S. 40.

(13) Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 3. Aufl. 1957, S. 3.

(14) Maurach, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1958, S. 126.

(15) Busch, Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre, 1949, S. 8.

(16) Welzel, Das deutsche Strafrecht, 8. Aufl. 1963, S. 28.

(17) Welzel, Um die finale Handlungslehre——Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern, 1949, S. 8.

(18) Busch, Moderne Wandlungen, S. 8.

(19) Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, S. 9,

53; S. 54, 56 参考。

(一) Maurach, Allgemeiner Teil, S. 205.

(二) Niese, Finalität, S. 11.

(三) 阿部純一郎の継承者 Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Abhandlung, 1961, S. 174ff. 参照。

(四) Welzel, Strafrecht, 8. Aufl. 1963, S. 177ff.; Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959 参照。

(五) Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte, besonders S. 280ff.; Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, in: Juristische Schulung 1961, S. 173ff. 参照。

三

(主観的) 目的的行為論だとしてもっとも困難な隘路をなすのは、疑いもなく『過失』である。ところで、過失、とくに認識なき過失は、刑法理論において、これまでも常に問題とされてきた。ただ、従来は、それは責任の問題とされ、行為の問題とはみられていなかったのである。たとえば、すでにコールラウシュは、——私見によれば正当にも——認識なき過失の、有責という性格を否定し、『故意と呼ばれるものと同じな責任形式が存在するにすぎない』というテーゼを立てたものであった。今日、目的的行為論者は『目的

目的主義的犯罪理論・とくに過失を中心として

性と呼ばれるものと同じな行為形式が存在するにすぎない』と述べているが、これは、したがって、古い問題に新しい装いをこらしたにすぎない。『過失の中に故意を求めよ』^(一七)といわれていたことが、『過失の中に目的性を求めよ』^(一八)といわれるようになっただけである。しかし、求められているものは、昔も今も同じであって、このことは、目的的行為論者が故意を目的性の欠くべからざる要素と考えているところから明らかである。とにかく、このような問題提起の仕方でも、決して新しいものではない。ヘーゲルは、『所為の中で、その諸前提により目的の範囲内で知っていること、すなわち所為の諸前提により故意の範囲内にあることのみを行為として認めることは意思の権利である』と述べているが、ヘーゲル学派の人たちも、このヘーゲルの合言葉に忠実に、行為と故意行為を同じものとみ、この故意を過失の中のどこに見出せるかについて頭を悩ましたのであった。^(一九)

ところで、ドイツ法は、周知のように、過失に二つの種類を認めている。すなわち、認識ある過失と認識なき過失とがこれである。支配的な見解は、この両者について、同じ過失という責任形式が問題になるのだと考えている。しかし、これは当たっていない。『認識ある過失』は、むしろ、コールラウシュがすでに認めたように、存在論的には故意の一形式であって、ただ認識ある過失の場合には、故意の責任が保護法益の侵害に係るのではなく、単にその危殆化に係るにすぎない。認識ある過失犯は、結果によって構成された故意の危険犯にほかならないのである。これに反して、認

識なき過失の場合には、保護法益の危殆化またはその侵害という点については、いかなる故意も、したがっていかなる責任も認めることはできない。それ故、日本の刑法第三八条や一九六一年の刑法改正準備草案第一八条が、原則として故意犯のみを処罰しているのは正しいと考える。

認識ある過失の行為が、その存在論的な構造からすると故意の行為であるとすれば、そのような行為は、(主観的)目的的行為論のいう意味での、目的的行為であるともいえる。もちろん、直接的な意味で目的とされたものだけが目的的に惹起されたものとみられる、というように考えることもできる。しかし、そうだとすると、目的性は意図というものと同じになってしまう、目的的行為論者のいう目的性というものが理解できなくなってしまう。むしろ、目的的行為意思というものは、本来『計画的に操縦し』『因果の成行を見ながら惹起した』すべてのものを包括できるものでなければならぬ。そうであれば、これは、必然的に、認識ある過失の行為にも当たることになる。すでにエンギッシュは、反駁したいほど明らかに、次のように述べている。『ある結果が生ずることを必然的だと認識し、またはある結果が生ずるかもしれないということを認識しつつ行為した場合には、とにかくこの結果を盲目的に惹起したとはいえず、むしろ、目的としたとまではいえないにしても、意味したがって「因果の成行を決定し尽くした」ということの中には入りうる。人間は、このような結果を考えに入れながら行為に出ようと決意することによって、因果の成行を意識的にその結果の方向に

向け、そしてその結果を自己の態度の可能的な目的として承認するものなのである。……認識ある過失に特徴的なことは、結果が発生しないよう希望することであるが、このことは、当罰性の程度に若干の変化を来たすだけで、因果関係がこのようになるかもしれないという意識の面では、何の変化も来たすものではない。行為の構造に着目すれば、未必の故意と認識ある過失とは合体する。このように、エンギッシュは述べている(二二)。同じ結論に到達したのは、また、ノヴァコヴスキーであって、次のようにいう。『未必の故意と認識ある過失とは、今日相互に限界づけられているが、目的性を標準とすると、両者のあいだには相違がない。そのいずれの場合にも、行為者は、自分の態度には付随的結果(より以上の結果)の発生する可能性が結びついていることを知っている。行為者は、このような可能性を意識しつつ行為に出るのである。その際、目的的に「決定しつくすこと」、すなわち意思による行為の成行の操縦は、両者の場合まったく同一である。違いがあるのは、決意の基礎にある意向の点にすぎない』と。最後に、本来(主観的)目的的行為論の批判者には属さず、むしろこれに近い立場にあるガラスも、認識ある過失が目的性の性格を持つことを明らかにして、次のように説いている。『行為者が、望んではいえないが発生するかもしれない成行を表象したにもかかわらず、その動作を、望んだ目標に向かって操縦する場合には、望まなかった結果も、元來この操縦の領域内にあるものであり、それ故、もしその結果が事実上発生した場合には、それは行為者の「所業」であって、単なる盲目的な惹起の成

果ではない』。このような理解よりすれば『目的性という概念を認識ある過失に拡張することは、ほとんど避けがたい。とくに、認識ある過失と未必の故意とのあいだを通説が行なっているように限界づける場合には、常にそういうことになる』と。^(二四)

多くの目的的行為論者は、これに反して、奇妙にも、認識ある過失は自分らの考えているような意味で目的的であるとはいえない、という見解をとっている。とくにヴェルツェルは、目的性と伝統的な意味での故意とは同じであり、したがって目的性は未必の故意を含むが、認識ある過失は含まない、という立場を常に主張している。何故なら、彼によれば、目的性は『実現意思』であり、実現意思は行為者がその目標に到達するためには実現しなければならぬと認めるすべてのものを含み、したがって、行為者が付随的結果を生ずることを希望しはしないがこれを甘受した場合には、このような実現意思は存在するけれども、行為者がそのような付随的結果を生じないことを希望した場合には、実現意思は存在しないからである。^(二五)

その後、ヴェルツェルの弟子であるアルミン・カウフマンは、『実現意思』としての目的性は未必の故意は含むけれども認識ある過失は含まない、というテーゼを、これに対して提起された非難から守ろうと努力している。彼は、その際、以前すでにクラインシュロット、ヘルシュナー、ヴァイセンボルン、フィンガー、エンゲルマンといった人たちが主張していた思考過程を踏襲し、行為者が、希望しない結果を避けようと努力した場合には、『実現意思』と

か、したがって故意とかを論ずることはできない、と考えた。彼は、次のように述べている——『実現意思』は、まさにその『実現意思』というところにその限界がある。何故なら『回避意思』というものは、たしかに『惹起意思』の想定を排除するものだからである。未必の故意を想定すべきか認識ある過失を想定すべきかは、したがって行為者が付随的結果を避けるようその装置を操縦したかどうか、侵害を避けるよう努力したかどうか、あるいは、行為者にとりこのことがそもそも不可能であったか、『煩わしい』ものであったか、それとも『どちらでもよい』ことであったかどうか、のいかんにかかっている、と。^(二六)

このような見解に対しては——アルミン・カウフマンがそれを表明するよりはるか以前に——すでにエンギッシュが正当にも次のような疑問を提出している。すなわち、行為者が構成要件の実現を避けるために何事かをなした、という事実は、『なるほど構成要件実現に対する行為者の特定の立場をあらわす有意義な徴表であるかも知れない』。しかし、『すべてをこの徴表に頼るのは、きわめて不当なことである。構成要件の実現を押し止めることに何の作用も及ぼしえないような状態にあった者が、何故に、たまたま構成要件実現の回避という形で行動する機会を得、それ故に自己の力を頼りにした者と比べて悪い地位に立たねばならないかは、これを理解することができない』と。^(二七)

また、アルミン・カウフマンの論述に対しては、さらに、とくに同じくヴェルツェルの弟子であるシュトラーターテンヴェルトが異論

を唱えている。彼は、次のように述べている——特定の結果（付随結果）に対して同時に実現意思と回避意思を持つことはできないというの、たしかに正しい。しかし、未必の故意の場合には、行為者が結果を目的としたかどうかはまったく問題とならないのであって、問題は、むしろ、行為者が結果の実現を目的としなかったに
 かかわらず、この結果惹起を行為者の故意に帰属させなければなら
 ないかどうか、という点にある。たしかに、特定の結果を避けよう
 とはしているのだが、それにもかかわらずあるいは生ずるかもしれない
 ないとしてその結果を自己の行為意思にとり入れるということとは、
 実際起こりうるところである。それ故に、回避意思という標準は、
 未必の故意と認識ある過失とを区別するには適当でない、と。^(二八)

しかし、やはりシフトラーテンヴェルトもまた、目的性と、伝統
 的な意味での故意とは重なりあうというヴェルツェルのテーゼを、
 完全に維持しているのである。彼は、次のように論述している——
 『実現意思』は、自己の態度から生ずるかもしれない認識したあ
 らゆる結果にまで及ぶ必要はない。行為者は、むしろ、自己の意識
 にのぼった可能性に対して、なお自分の立場決定をすることが可能
 である。そして、この立場決定、すなわち危険を真剣に受けとった
 かそれとも軽く見逃したかが、未必の故意と認識ある過失との区別
 について問題となる。行為からある付随結果が発生することを不確
 実なものと考えた場合には、この結果を『自己のものとする動作』
 というものがさらに問題となってくる。いいかえれば、危険を真剣
 にとる、ということがさらに問題となってくるのである。結果発生

の危険を真剣にとらなかつた者は、その結果を自己の態度の可能な
 目的として承認したということもできない、と。かくして、シフト
 ラーテンヴェルトは次のような結論に到達したのであった。すなわ
 ち『認識ある過失は、それ故行為の目的的構造に着目すれば、故意か
 らは区別され、そして認識なき過失の方へ属することになる』と。^(二九)

しかし、私見によれば、シフトラーテンヴェルトは錯誤に陥ってい
 る。というのは、行為者がある結果を認識してはいたがこれを真剣
 にとらなかつたような場合に、認識ある過失を認められた点である。こ
 れに対しては、真剣にとられなかつた危険というものは、すべて、
 抽象的危険としては認識しうるものだ、ということ云わなくては
 ならない。つまり、この危険というのは、この種の行為に附着して
 はいるものの、現在ここで、この具体的行為には生じていないとい
 うような危険、すなわち抽象的危険のことである。このような場
 合、現実の具体的危険というものは、まさに認められていないので
 あって、それ故、ここには、認識なき過失が存在するにすぎない。
 しかし、行為者が自己の動作の具体的危険性を認識した場合には、
 行為者は、この危険を危険として、やはり真剣にとったことになる。
 ある危険を具体的に存在するものとして認識しながら、これを
 危険として真剣にとらないなどということは、不可能である。さら
 に問題となるのは、危険が実現する場合にもなお自己の態度をとろ
 うとしたかあるいはとらうとしなかつたか、ということである。そ
 れ故、危険を真剣にとる、という標識をもってしては、未必の故意
 と認識ある過失とは区別することができない。認識ある過失行為者

でも、危険の真剣ななりを見つゝるのらあり、それ故、結果どうして、それは発生する危険がある、と肯定する立場決定をしたこととなる。もちろん、行為者は、結果を、自己の態度の可能な目的として承認したわけではなからう。しかし、未必の故意行為者も、そのたのな承認はしてつゝるのである。何故なら、未必の故意行為者も、禁止された結果を、自己の態度の可能な成行とならば、決して、その目的をなつゝるをむかひつゝるなからうからぬ。

(一六) Kohlrausch, Die Schuld; in: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, Band I, Allgemeiner Teil, 1910, S. 179 ff.

(一七) Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Band IV, 1919, S. 328 参照せよ。

(一八) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, §117.

(一九) のてんじつしつて、Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904, S. 85ff., 101ff., III 参照。

(二〇) 維根ダ、Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 155ff., und schon: Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949, S. 98 参照。

(二一) Schmidhäuser, Willkürlichkeit und Finalist als Unrechtsmerkmal im Strafrechtssystem; in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 66. Band, 1954, S. 27ff.

参照。

目的主義的犯罪理論・とつて過失を中心として

(二二) English, Der finale Handlungsbegriff; in: Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Kohlrausch, 1944 S. 155.

(二三) Nowakowski, Zu Welzels Lehre in der Fahrlässigkeit; in: Juristenzeitung 1958, S. 338f.

(二四) Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen; in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 67. Band, 1955, S. 43.

(二五) Welzel, Um die finale Handlungslehre, S. 18f.; Das neue Bild, 3. Aufl. 1957, S. 4ff.

(二六) Armin Kaufmann, Das dolus eventualis im Deliktsaufbau——Die Auswirkungen der Handlungs- und Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze; in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 70. Band, 1958, S. 64ff.

(二七) English, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 185.

(二八) Stratenwerth, Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit; in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 71. Band, 1959, S. 51f.

(二九) Stratenwerth, aaO. besonders S. 54, 56, 59, 60.

四

以上でつゝ、目的性を未必の故意とは及ばせぬが認識ある過失

には及ばせないようにしようという、すべての試みが、たしかに挫折したことが明らかになった。主観的に理解された目的性を、意図というものに限定しないかぎり、認識ある過失も目的的行為意思の中に包括されるという帰結を回避することはできない。しかし、このことは、認識ある過失がその構造からすれば実は故意行為であることを意味する。——この結論は、はしくなく、コールラウシニがすでに目的的行為論よりはるかに前に到達した結論と同じである。

さて、それではいったい『認識なき過失』についてはどのような考えをすべきであろうか。(主観的)目的的行為論は、くりかえしくりかえし、しかも変転きわまりない理窟でもって、認識なき過失は刑法的意味での行為であることを説明しようとする。しかし、その試みは、ことごとく失敗に終わっている。それは必然的に失敗せざるをえなかったのである。何故なら、もし行為に本質的である目的性というものを、刑法上の故意と同一視しようとすれば、同様に、故意でない動作に対しては、刑法の意味における行為としての地位を与えないこともできるからである。

目的的行為論者は、(認識なき)過失も、構成要件に該当しない『他の』結果が目的的に追求されたかぎりにおいてやはり目的的行為であるとしているが、それは、(三〇)いうまでもなく正当である。——このような見方は、いわゆる因果的行為論でさえ、すでに『有意性(意思決定性)』という要素を用いて考慮に入れていた。そもそも行為というからには、『何らかの』ことが実際に意欲され、計画的に追求され、因果を見とおした上で惹起されなければならない。し

かし、認識なき過失行為におけるこのような目的性は、法的に重要なものではなく、(三一)犯罪行為に何らの意味内容も付与するものではない。このことは、ヴェルツェルがくりかえしあげる看護婦の例が、非常に明らかに示している。すなわち、ヴェルツェルによれば『予知せずに強い致死量のモルヒネ注射を施した看護婦は、目的的な注射を行なったものであるが、目的的な殺人行為を行なったのではない』とされているのである。(三二)ところで、ヴェルツェルによれば『人間の行為の目的的な構造は、刑法規範それ自体に対して構成的な意味を持つべきもの』とされているから、もしそうであれば、マイホーファーがまったく正当に考えたように、看護婦は、元来、その態度の法的社会的意味の存在する殺人行為の故をもってではなく、注射の故をもって刑法上の責任を負わされることになってしまうのである。(三三)

同様に、認識なき過失によって歩行者を傷つけた自動車運転者は、身体傷害の故をもってではなく、自動車運転の故をもって処罰されることになってしまうのである。これが正しくないことは、明らかであろう。

それ故、ヴェルツェルは、別の方向に解決策を見出そうと努力した。彼は、明らかに次のように強調している。——認識なき過失の場合には、刑法上重要な結果はまさに目的に惹起されたものではない。(三四)過失の目的的構造にとって決定的なのは、『望ましくない付随結果を避けるため』(三五)社会生活上要求された目的的操作の最低限との関係において、手段の選択および手段の適用の際における現実の意思操作が不十分であったことである。(三五)しかし、そのように論

ずる以上、ヴェルツェル自身もいつているように、『過失行為の本質』はまさに『行為者が行為を実行するに際して「不十分な」目的操縦をなした』、という点に求められることになる。^(三六) いいかえれば、ここでは目的性が『不十分であったこと』、目的性が『足りなかったこと』が問題となるわけである。しかし、このように要求された目的性に欠けるところがあるとする以上、その中に（認識なき）過失行為の目的的な構造を見出すことは、とうてい不可能であるとしなければならぬ。何故なら、目的的行為論者の理論によれば、刑法的評価にとって重要な行為目標に対しては、現実の目的的な関係が存しなければならぬからである。しかし、（認識なき）過失行為の場合には、このような関係は存しないというべきである。

それ故、ヴェルツェルがその後、目的的行為論の出発点を過失行為の領域において完全に放棄したとしても、それは何ら驚くに値しない。すなわち、彼は次のように述べることになった。——過失の場合問題となるのは、行為『目標』との関係における目的性ではない。『過失にとって決定的な行為の要素は、むしろ、行為の「実行」の際における目的的操縦（すなわち行為の手段の目的的操縦）^(三七)である。』過失行為の場合、『意思内容は、「目標」に関するかぎりでは法的に重要でないとしても、とられた行為手段との関係においては法的に重要でないとはいえない。』『過失行為の本質』は、『行為手段の選択および適用の際における「意思操縦」が、このような手段をとれば発生してしまうことの明らかな因果の成行を顧み

目的主義的犯罪理論・とくに過失を中心として

なかった、という点にある。^(三八) ここでは、ヴェルツェルは、今や、目的性をもはや行為の『目標』に関係づけることをやめ、わずかに行為の『実行』、そして行為の『手段』に関係づけるに止めたのである。しかし、このことは、ヴェルツェルが以前から目的性の構造について原理的に述べていたことと矛盾する。すなわち、彼によれば、目的性というものは、因果のからみ合いの成行を一定の範囲にわたって予見しそしてこの因果のからみ合いを『目標達成に向けて計画的に操縦する』ことのできる意思の能力、にもとづくものであるから、因果的事象を指導する、『目標を意識した』意思というものが、目的的行為のバックボーンであり、このような意思は、外部的な因果的事象を決定しつつしそしてそれによってこの因果的事象を『目標に向け操縦された』行為にまで仕上げる^(三九)ところの、操縦因子である——とされていたのである。しかし、（認識なき）過失の場合には、以上のように説明とは反対に、このような、『目標を意識した』操縦ということは問題とならず、むしろ、行為の『手段』が意識的にとられたというだけで満足しなければならぬ。——たとえば、不注意で人をひいてしまった自動車運転者は意識的にその自動車を運転していた、というだけで満足しなければならぬわけである。

したがって、行為の構造にとって決定的なのは、行為者が目的意識的に操縦していったことだけであり、これに反して、行為者が何に向けて目的意識的に操縦していったかは問うところでないことになる。かくして、ヴェルツェルの目的的行為論は——少なくとも過失

行為について——みずからはげしく批判していた因果的行為論のそもその出発点へ逆戻りしてしまったことになる。何故なら、すでにラートブルッフは、行為概念に関するその著書の中——ペーリングと一致して——『行為』が存在するかどうかを確定するためには、行為者が有意的に行動し、ないしは不行動のままに止まった、ということ確かめさえすればよい。行為者が何を意欲したかは、この点については無関係である』^(四〇)という結論に到達しているからである。

かくして、ヴェルツェルの目的的行為論によって、現在深く裂目が生じたことは、疑いがない。われわれは——不作為犯を別論としても——行為概念の二重性にかかわりあわねばならなくなったのである。(認識なき)過失に正しい地位を与えるためには、故意の犯罪行為にのみ適用しうる目的的行為概念の基本類型と並んで、目的意識的目的性という標識を放棄した、別個の行為概念が登場することになった。しかし、このことは、(主観的)目的的行為論がすでに不作為の問題について降伏したと同様に、過失の問題についても城を明け渡したことを意味するにほかならなく。ヴェルツェルの刑法教科書の最新版において、過失行為の目的性の理由づけがやはりまったく見当らないのは、特筆すべきことである。實際上、ヴェルツェルは、不作為犯に対すると同様、過失犯に対しても、目的的行為論を放棄したこととなり、わずかに故意の作爲犯のみについてそれを固執するに止まってしまうわけである。このことを、結論として、(主観的)目的的行為論の行為概念が、刑法体系の基本要素と

ついで、また結合要素としても有用にならうと意味する。

(三〇) Maurach, Allgemeiner Teil, S. 127; Niese, Finalität, S. 53, 56f.; Welzel, Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen; in: Juristenzeitung 1956, S. 316f. 参照。

(三一) 明かかたのちのちのち Niese, Die finale Handlungslehre und ihre praktische Bedeutung; in: Deutsche Richter-Zeitung 1951, S. 222; Cerezo, Die finale Handlungslehre als Grundlage des Strafrechtssystems—Eine Erörterung der Kritik von Rodríguez Múnoz an der Fahrlässigkeitsaufassung von Welzel; in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 71. Band, 1959, S. 139.; Naka, Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes; in: Juristenzeitung 1961, S. 210.

(三二) Welzel, Strafrecht, 8. Aufl. 1963, S. 30; S. 39f. 及び 2) Um die finale Handlungslehre, S. 9; Das neue Bild, 3. Aufl. 1957, S. 5 及び 14。

(三三) Manhofer, Zur Systematik der Fahrlässigkeit; in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 70. Band, 1958, S. 167.

(三四) Welzel, Strafrecht, 6. Aufl. 1958, S. 32; Das neue Bild, 3. Aufl. 1957, S. 7, 11; Um die finale Handlungslehre, S. 17.

- (三六) Welzel, Strafrecht, 6. Aufl. 1958, S. 37; Das neue Bild, 3. Aufl. 1957, S. 11.
 (三七) Welzel, Strafrecht, 6. Aufl. 1958, S. 110.
 (三八) Welzel, Das neue Bild, 3. Aufl. 1957, S. 30; Strafrecht, 6. Aufl. 1958, S. 111.
 (三九) Welzel, Das neue Bild, 3. Aufl. 1957, S. 11; auch S. 13; Strafrecht, 6. Aufl. 1958, S. 36f.
 (四〇) Welzel, Strafrecht, 6. Aufl. 1958, S. 28f.; 8. Aufl. 1963, S. 28; Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl. 1961, S. 1.
 (四一) Radbruch, Handlungsbegriff, S. 130.
 (四二) Welzel, Strafrecht, 8. Aufl. 1963, S. 113f. を見よ。
 Das neue Bild, 4. Aufl. 1961, S. 31f. も同様。

五

以上すべてのことからして、目的行為論の欠陥は、いったいどこに見出されるべきかが問題となってくる。その欠陥は、一方において、目的行為論があまりにも一面的に目的性を目ざし、その結果『人間の行為の複雑さ』というものを正しく評価しなかった点に存する。他方、目的行為論は、さらに、目的性というものを、『意識的に』予測された目標に向け因果的事象を『意識的に』操縦すること、というようにのみ理解することによって、目的性という概念を純主観的に、そしてそれ故あまりにも狭く定義しすぎた点において、

目的主義的犯罪理論・とくに過失を中心として

て、誤りを犯したのである。

私は、最初に、行為概念に関する議論が行なわれているあいだに行為理論の四つの基本類型ができてきたことを指摘した。すなわち、因果的行為論、目的的行為論、徴表的行為論、および社会的行為論の四つがこれである。このことは、まったく驚くに値しない。何故なら、これらの行為論は、それぞれ、人間の行為の一つの正しい面はとらえているが、それはやはり一つの面にしかすぎず、必ずしもその全体ではないからである。人間が『物質』『生命』『心理』『精神』を総合してできた上層層構造的存在であるのと同様に、人間の行為もまた、まったくこれに相応して、次の四つの要素を示している。すなわち『因果性』『目的性』『心理的特徴づけ』および『精神的な意味づけ』の四つがこれである。人間の行為の存在論的構造を包括的に正しく評価しようとする行為論は、それ故、このような四つの要素を適切にかえりみるものでなければならぬ。(四二)

人間が、人間以下のすべての領域とくに動物から区別される決定的な標識は、その『人格性』である。人格性の本質は、精神的な自己意識の能力、およびそこから導き出される自己指令というものの中に存する。人格である、ということは、精神的な自己所有を意味する。人間が、単に宿命的に情熱的な衝動に身を委ねて、自己みずからの選択しない道を歩まねばならないものではないこと、むしろ——もちろん一定の限度内でしかすぎないとしても——みずから自己の道を決定し、自己の生活形成をみずからのものとしうるもので

あること、この点にとくに人間の動物に対する優越性が存する。このような人間の『実存的自由』の中に、自己および自己の行動に対する道義的な答責性が存する。人間が人格であること、このことは、それ故、人間が責任のある存在であることを意味するのである。^(四三)

ところで、答責性というモメントは、人格的な行動としての人間の行為をして、この世における他のすべての出来事から際立たせるモメントでもある。この点から、人間の行動の『客観的な意味』、すなわち、他の人間に対するその意義、というものも生ずるのである。動物は、自分をも、自分自身以外のものをも理解することができる。動物は、『意味のある態度』をとることもできない。人間は、しかし、自分自身のことばかり考えるわけにいかないばかりでなく、他人の立場をも頭に入れ、そして、他人からみた自分の態度の意味というものを理解することもできる。それ故、人間は、自分自身に対して責任を持つばかりでなく、同時に他人に対しても責任を持つものである。^(四四)

(主観的) 目的的行為論によれば、人間の行為の答責性もその意味性も、人間が意識的に得ようと努めているものによってのみ決定される、と考えられている。しかし、目的的行為論は、そうすることによって、人間の行動に対する『潜在意識』というものの意義と役割とを誤認したことになる。多くの行為は、明らかな意識によって操縦されるのではない。すなわち、人間の行為は、実現しようとする目標を頭の中で思い画き、そのために必要な手段を選び、そし

てこれをまったく意識的に、予測された目標に向けて動かす、というふうなふうに操縦されるものではない。——今あげたようなのは、人間の行為の特別に秀でた形式にしかすぎない。通常は、人間の行動は、潜在意識から操縦されるのである。すなわち、人格の奥底にまどんでいるところの、人生のあいだに獲得し貯蔵した多様な経験の兵器庫から操縦されるのである。私がポケットから錠をとり出し、自分の家の玄関の扉をあけると、私は、例外なく、この私の動作をまったく意識せずにこれを行なうのであるが、その場合に私が『行為している』ことは疑いない。何故なら、私が潜在意識から行なったことは、まったく意識のない動作のような——たとえば意識を喪失した者や睡眠中の者の動作のような——、自分自身決して責任を負わない非人格的動作と同じでないからである。もし私が精神的な力を緊張させれば、私は意識をとり戻すことができ、潜在意識を意識に上せることができるのである。

ここから生ずる結論は、次のようなものである。すなわち、行為の性格にとつて決定的なのは、因果的事象が意識的な意思によって現に支配された、ということではなく、支配可能であった、ということである。人間の行為の目的要素は、それ故、主観的ではなく客観的に理解すべきである。いいかえれば、行為の結果を目的とし『えた』こと、および支配し『えた』こと、というように理解すべきである。

このような意味において、『人格的行為概念』は、大体次のように定義することができるであらう。すなわち、人間の行動は、答責

的な、したがって客観的に意味のある態度であって、その場合、発生した結果（つまり因果の成行）は、意思によって支配可能であり、それ故その態度に帰せしめうるものである。と。

このような行為概念は、ヘルムート・マイヤーが主張しているのとまったく同じ形式であるが、それは、故意の行動も過失の行動も、また作為も不作為も包括するものである。ただし、一方において結果の支配可能性という要素は、過失を包摂するが、故意は排除しない。他方、現実の因果の成行の支配可能性は、作為の場合のみならず、不作為の場合にも問題となる。すなわち、作為の場合には、行為者は自己の因果の過程を支配しうるものでなければならぬが、不作為の場合には、行為者自身の喚起しない他人の因果の過程（他人または自然物の因果の過程）を支配しうるものでなければならぬ。したがって、単なる結果の回避を『不作為』に、したがって『行為』にするものは、不作為行為者に与えられた、因果の成行に対する力である。換言すれば、回避しうる」といふことと、およびそれから生ずるところの、結果を目的としうる」といふことである。それ故、作為と不作為とが共通の上位概念に包括されなければならないことは、決してない。^(四六)

かくして、私どもの発見した人格的行為概念は、刑法体系の基本要素としても、また結合要素としても使用に耐えうる」といふことが明らかになった。同時に、人格的行為概念は、さらに、実際的な限界要素としても役立つものであるとして、希望しはしたがまったく偶然に発見した結果、つまり「わが『異常な因果の成行』を、支配

目的主義的犯罪理論・とくに過失を中心として

可能性という標識を用いて刑法的重要性の領域外に分離することができる。

われわれは、刑法体系の礎石としての働きをなす行為概念を、人間の人格性から基礎づけたわけであるが、その場合には、犯罪行為の特殊の標識をも人格的に規定しなければならぬ。人格的行為概念は、それ故、人格的法益論、人格的不法行為論、そして人格的責任論の基礎となるのである。そして、それは、同時に、人格的な刑罰理論にも調和的に組み込まれるのである。

(四二) Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, S. 64ff., besonders S. 82. 参照。

(四三) 上記の「詳細な」Arthur Kaufmann, Recht und Sittlichkeit, 1964, S. 11ff.; auch schon: Das Schuldprinzip S. 116ff. 参照。

(四四) 上記の「詳細な」Arthur Kaufmann, Recht und Sittlichkeit, S. 14ff.

(四五) H. Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 41ff.; Vorbemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff; in: Festschrift für Hellmuth von Weber, 1963, S. 137ff. 参照。また Jescheck, Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung; in: Festschrift für Eberhart Schmidt, 1961, S. 139ff.; Mahofer, Der soziale Handlungsbegriff; in: Festschrift für Eberhart Schmidt 1961, S. 156ff.; Ernst A. Wolf, Der Handlungsbegriff in

der Lehre vom Verbrechen, 1964; Oehler, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959.

(四六) の註に Artur Kaufmann, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht; in: Festschrift für Eberhart Schmidt, 1961, S. 200ff., besonders S. 212ff. を見よ。

訳者のあとがき 本稿は、西ドイツ、ザール大学教授アルトゥール・カウフマン氏が、昭和四〇年三月二十九日、早稲田大学比較法研究所において行なった講演の草稿に、同氏が事後若干手を加えて下さったものである。とくに、当日時間の関係で削除せざるをえなかった部分を補充し、読者の便宜のために脚註を補充していただいた。ここにあらためて、同氏の御好意を感謝したいと思う。

(西原春夫)