

|                  |                                                                                                                                                                                                                   |
|------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Title            | 平場安治著 『刑法總論講義』                                                                                                                                                                                                    |
| Sub Title        | Lecture on general provisions of criminal law                                                                                                                                                                     |
| Author           | 中谷, 瑾子(Nakatani, Kinko)                                                                                                                                                                                           |
| Publisher        | 慶應義塾大学法学研究会                                                                                                                                                                                                       |
| Publication year | 1953                                                                                                                                                                                                              |
| Jtitle           | 法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.26, No.8 (1953. 8) ,p.80- 85                                                                                                                       |
| JaLC DOI         |                                                                                                                                                                                                                   |
| Abstract         |                                                                                                                                                                                                                   |
| Notes            | 紹介と批評                                                                                                                                                                                                             |
| Genre            | Journal Article                                                                                                                                                                                                   |
| URL              | <a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19530815-0080">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19530815-0080</a> |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

平場安治著

## 『刑法總論講義』

### 一

昨年末に近く、我々は従来の刑法總論のテキスト・ブックとはその體系づけと解釋において非常に異つた、ユニークな著書を迎えた。それが、ここに紹介しようとする、京都大學助教授、平場安治氏の「刑法總論講義」である。出版されてからやや時期的なズレはあるが、未だ書評らしいものも發表されていない模様なので、敢えて紹介を兼ねて所感を述べることにした。

さて、終戦後我刑法學界に於いてイチ早く異常なまでの關心を集め、今日も尙その論議と研究の中心となつているものの一は、周知

の通り所謂「目的的行爲論 finale Handlungslehre」といわれるものである。目的的行爲論については、すでに木村龜二博士が法律時報二五卷二號及び季刊法律學第一四號に於いて、その價值と意義について述べて居られるし、牧野英一博士も亦警察研究二三卷一二號に於いて紹介されて居られる他、龍川、井上、高橋諸教授も亦之を論じて居られるので、ここに繰り返すことを避けるが、要するにこの理論は一九三九年ゲッテンゲン大學の Hans Wezel 教授が全刑法雜誌に發表した Studien zum System des Strafrechts という論文に端を發し、ドイツ刑法解釋論として前述ワエルツェル教授を中心にして展開されている理論である。即ちワエルツェル教授は前述の論文の後刑法教科書に於いてその體系づけを試みられた外、Bockelmann の批判に應じた Um die finale Handlungslehre (目的的行爲論について) をものされ、一九五一年には更に Das neue Bild des Strafrechtssystems を發表、そのとられる立場を明らかにし、その理論を展開して居られる。ワエルツェル教授のこの一聯の著作を中心に W. Niese, R. Maurach, v. Weher 等この理論を全面的に支持し、又は好意的に受け入れ、ことにニーゼの Finalität, Vorsatz u. Fahrlässigkeit (目的性、故意及び過失) は有名である。更に Metzger, English, Bockelmann, Schönke 等は批判的立場に立つてこの理論に觸れると云つた具合に、最近の文献は多かれ少なかれこの理論にふれないものはないと云つていい位である。ともあれ、目的的行爲論の中心點は、從來責任要素とされてきた故意を以て單なる責任要素ではなく主觀的違法要素に外ならないとするにある。

本書は「はしがき」にもあるように、前述の目的的行爲論を是認し、しかも一層發展させつつ、我國における刑法理論の新しい體系づけを試みた最初のものである。本書は、著者が昭和廿五年以來岡山大學に於いて爲した刑法講義に若干加筆したもので、その實質は全くの「講義案」で、専ら學生諸君の筆記の勞を省き講義の進捗をはかる目的に出たものに外ならないとされるが（はしがき）、内容的には目的的行爲論を以て貫こうとされ、第一にその體系づけにおいてユニークであり、第二にしかも隨所に通説に對する反對論を展開された、極めて意欲的な勞作と云いうる。

即ち、著者は京大瀧川教授門下の俊才として、特に終戦後「刑法理論學」（瀧川春・宮内兩氏と共著）を出された他、日評の「刑法コンメンタール」、「刑事訴訟法コンメンタール」の出版にも一役を擔い、最近目的的行爲論に賛同され、その方向づけにおいて一昨年は小野博士の還暦祝賀論文集中「刑法における行爲概念と行爲論の地位」、又昨年は刑事法講座第二卷に「法律の錯誤」という貴重な勞作を發表された新進の學徒であり、すでに前述の二論文において著者の立場は明らかなのであるが、ここに更に本書を加えることによつて氏の立場からする刑法の莖系づけを俯瞰できることは學界にとつても幸なことであつた。

## 二

さて、詳細な内容の紹介に入る前にまず本書の體系づけを瞥見しよう。

本書は第一編緒論と第二編總論とに分れ、後者は更に第一部犯罪

論、第二部刑罰論に分れる。云うまでもなく著者の最も重點をおいた、且特徴的な部分は犯罪論で、第一章は犯罪の事實的側面として行爲、不行爲、歸屬主體と分つて論じて居られる。従来の解釋によれば、行爲でない犯罪はなかつたのであるが、著者は過失及び不作爲を不行爲として捉え、従来の「犯罪論の最外側」としての行爲概念を捨てて居られることが明らかである。第二章と第三章は、規範的側面として違法性と責任を論じて居られるが、故意、過失は専ら主觀的違法要素であつて責任要素ではないとする目的的行爲論の立場に立ち乍ら、何故第三章責任に於いて通常説かれるところと同様に、責任能力の他に故意・過失を論じて居られるのか諒解し難い。もし故意を主觀的違法要素でもあり、同時に責任要素でもあるというのであるならばすでに故意を以て専ら主觀的違法要素だとする目的的行爲論の根本的主張を捨てたことになり、體系的に統一的なものとは云い得なくなるのではなからうか。第四章は犯罪類型として典型的類型、未遂、共犯、犯罪類型の競合と犯罪の競合を扱ひ、第二部刑罰論に於いては大體従来の方法に従つて刑罰の意義・種類・適用・執行・消滅・保安處分について夫々略述して居られる。

尙本書においては「學生諸君の理解と思索に役立たしめ」るために犯罪論の一章と二章の各處に關係ある著名な判例又はシュール・バイジュビールとしてよく用いられる具體的な例を挙げて居られるが、講義案としては誠に親切な方法と思われる。ただ「はしがき」にもあるように「本書の刊行を急いだため一錯誤論以下問題の多い部分についての具體的例が挙げられていないのはいかにも残念なことであつた。

## 三

總論第一章刑法は、更に刑法の意義、罪刑法定主義、刑法の効力の三節に分説される。ここでは大體通常の方法に従つて簡単に説かれてゐる。これは講義案として講義による肉づけを豫定せられたためと推察される。罪刑法定主義においては、解釋上一應類推の許容が問題となる。現在刑法に於ける類推を嚴格な意味で禁止しようとする論者はあるまいが、類推許容の範圍については尙爭なしとはいへない。即ち目的論的解釋が許される以上は無條件に之を認むべきだとする説と罪刑法定主義又は憲法の解釋上少くとも類推は犯人に利益な場合に限り許さるべきものとする説とがある。木村博士はかつて前説をとつて居られたが最近の後説の立場をとられ、その他にも同説をとられる學者が多くなつて來ているが、著者は原則として類推は許されないが、「しかし刑法に嚴格解釋が要求されるのは罪刑法定主義との關係においてであり畢竟被告人を不當に處罰しない趣旨であるから、被告人に有利の方への類推は認められて差支えない」として後説の立場を明らかにして居られる。次いで第二章は刑法の根本主義と題して所謂刑法理論についての要領を得た説明があり、著者の立場としては、從來のどの説にも嫌はず「犯罪は社會的行爲として主觀的ニ客觀的即ち主體的全體の構造をもつものであることを出發點としなければならぬ」として行爲を重視する立場に立つのであるが、それは「決して意思又は結果を重視する立場と對立するものではなくそれを含めたより高い次元にある」(27頁)とされる。即ち著者の念願されるところは主觀主義と客觀主義、應報刑主

義と目的刑主義のより高い次元への止揚であるように窺われる。極端な主觀主義と客觀主義の對立から、兩者の接近、若くはより高い次元における綜合ということは近時學者の等しく唱へるところであるが、著者はそれを目的的行爲論による新しい行爲概念によつて指導しようとするので、等しく主觀主義と客觀主義との止揚を試みられる人格責任論と對決するのである。

總論第一部犯罪論の頁を開いた途端に我々は「犯罪とは法的評價を受け刑罰の前提をなす一定の事實である」と云う定義づけに注意を惹かれる。之は著者が「犯罪論の最外側を劃する」行爲概念をすてて得た結論とも云い得よう。先にも述べたように著者は昭和廿六年の秋小野博士の還曆祝賀論文集刑法の部に「刑法における行爲概念と行爲論の地位」という論文集白眉の勞作を捧げられたが、ここで著者ははつきりと目的的行爲論を支持し、しかも過失を行爲の枠から外し、行爲概念の「犯罪論の概念要素を結合する最高のもの」たる榮譽を奪ひ、行爲と不行爲とを結合するものは「社會的事象」「人の人に對する關係」であるとしたのと等しく理論を展開して居られるのに氣がつく。之は著者の根本的な態度であるからその批判は後に譲り一應先に進むこととする。著者は犯罪を行爲とは解せず事實と見るのであり、しかも法的評價をうけ、刑罰の法律的前提となるものであるとするから犯罪は從つて事實的側面と規範的側面から捉えられるのは當然と云えよう。

事實的側面より見た犯罪は、人間の人間に對する積極的關與たる社會的行爲とその反對の不關與たる不行爲に分つて論ぜられる。そしてこの部分こそまさに著者の最も得意とするところである。著者

によれば「行爲とは意識的に外界を形成し變更する意思のはたらきである」(34頁)即ち行爲とは意思によつて「外的因果の流れを支配し方向づける」ものであつて、その要素としては「(1)身體の物理的動きに始る因果關係、(2)意思の目的に支配、(3)行爲支配の合法則性(事前における因果關係)及び類型性」が必要であると云うのである。これは作爲と不作爲とを同一の上位概念に包攝することはできないとした Radbruch と同様にしてしかも尙、更に過失をも行爲から除外することとなる。従つて前にも述べたように、行爲概念は犯罪の總括的な最高の榮譽を奪われ、故意、過失は責任の種類ではなく、それ以前の行爲の種類だと云うのである。かくて不行爲と稱せられるものは不作爲と過失であるが、不行爲によつて人が責任を問われるのは、因果關係が彼の支配圏内を流れ、彼の支配可能であつたにもかかわらず支配しなかつた爲であるとし、不作爲はその身體的不關與であり、過失はその精神的不關與だとされる。ウェルツェルは尙犯罪論の最外側を劃するために奉仕する行爲概念を拋棄した譯ではなかつた。即ちウェルツェルによれば、過失の場合は確かに目的行爲意思によつて指導されるといふことがなく、事實は盲目的—因果的ではあるが、それが自然の出來事と區別されるのは行爲者 Uebler の可能な目的行動によつて避け得たということだとし、故意行爲は現實的目的性に、過失行爲は潜在的目的性に關連するのであつて、この二つの行爲を上位概念に包攝するものは目的性の要素であるとしている(ウェルツェル教科書2版23頁)。このように目的行爲論を主張し乍ら尙過失を行爲の概念に包攝することは論理的にかなり困難で、それ故にこそ目的行爲論は暗礁にのり

あげた形で、ことに忘却犯の説明がつかないのではないかということが指摘されていた。著者はそのような非難をも充分心得てむしろ過失を行爲から除外し且犯罪論の總括的要素をば「社會的現象」「人の人に對する關係」といつたところに求め、一層目的行爲概念を論理的に一貫したものにしようとして試みられたのだと思われる。この點はまさに著者の創意にかかるところで誠に明快で、陳腐な表現を藉るならば「快刀亂麻を斷つ」の感がなきにしもあらずであるがこの體系づけがより理論的なものかどうかについては疑問があるように思われる。かつてのラートブルッフの説に對してメツガーが批判したように、一般に刑法における行爲概念は價值關係的概念であるから、著者の反駁(前述小野博士記念論文集)にもかかわらず、著者のように行爲の事實的側面から見た差異に着目して概念構成をする事は正當ではないかと思えられる。しかも目的行爲論は自然因果的行爲論を排斥して主張せられるのであるから、このような自然的、事實的概念を以て律しようとすることは二重の自己矛盾に陥るのではないかと疑問が生ずる。私としては故意・過失を包攝するメルクマールはむしろ「義務違反」に求められはしない、だろるかと思へている。もとよりこの場合の「義務」とは法的義務に限定せらるべきものではなくして一般に社會的義務と考えられるものである。そのような社會的義務に違反することこそ目的行爲論者の所謂「社會倫理的にたえがたいこと」と解されはしないだろるか。ともあれ著者の構成は非常にローギッシュではあるが尙檢討の餘地なしとはしないように思われる。尙この部分について細かいことであるが、間接正犯について「學説上は特に責任無能力

者を利用して自己の目的を到達した場合だけを間接正犯として」といふるとき(36頁)が、一般には責任能力者といへども情を知らずに行爲した様な場合、即ち責任能力者の行爲が道徳的な存在に過ぎなかつた場合にはやはり間接正犯として扱われていると解すべきであらう。従つて従來の間接正犯についてのこの點での非難は當らぬように思う。

第二章においては違法性が扱われている。目的的行爲論においては違法の概念はかなり重要な特徴を示している。しかし本書においては、違法行爲とは「人の行爲がその進む方向において社會を益するよりは害するを考へられるべきであらう」として漠然と語られているのに過ぎないのは、やや物足りない感がする。違法阻却原因については、従來緊急避難を違法阻却と解するか、責任阻却と解するかにつき争があつたが、著者は一應之を違法阻却原因とするが、更に之を分つて、大利益を擁護する爲に小利益を害する場合には違法阻却、法益同價値の場合及び法益の大小の判明しない場合は責任阻却原因とする。又過剰防衛、過剰避難、誤想防衛、誤想避難については責任阻却とされる。しかもし故意、過失を責任の要素と見ず、専ら主觀的違法要素と解する目的的行爲論の立場を以て貫徹するならば、之等を責任阻却と解することは矛盾しているのではなからうか。

責任論においては著者は規範的責任論の立場をとり、所謂人格責任論と對決し、「累犯加重を人格形成責任により總て説明しようとするならば、いきおい、責任の擬制に進まなければならない」として之を排斥して居られる。責任論に於いて更めて故意、過失の責任

を論じている事についてはすでに批判した。

錯誤論においては、打撃の錯誤について今日の通説とも云うべき法定的符合説を捨てて具體的符合説をとられるのは、目的的行爲論の當然の歸結と思われるが、客體の錯誤について「動物であると思つて射つたら人であつたというばあいには器物損壞の程度で殺人罪の責任を負うにすぎない」とされるのはどうであらうか。打撃の錯誤において「過失の結果に對し故意の成立を認める法定符合説乃至は抽象的符合説はこれを承認することができない」(102頁)とされ乍ら、客體の錯誤において輕い犯意を以て重い犯罪を行つた場合、刑法第三八條の制限の下に重い犯罪の既遂を認むべきであると考えられるのは論理的な矛盾ではなからうか。

著者は第四章を犯罪類型として従來一般に構成要件と呼ばれているものを「典型的類型」とし、その修正形式としての未遂と共犯の三節に分つて論じている。ここでは不能犯論と共犯論に注意が惹かれる。特に共犯論については目的的行爲論の立場から苛々の新しい考察が加えられている。まず従來の間接正犯については、縮限正犯概念の前提を維持し乍らただ従來の縮限正犯論が「自己の手による實行」と云う考え方により乍ら間接正犯を認めるのは罪刑法定主義の原則に反するが故に之を排斥し、正犯の實行ということをも「構成要件該當の行爲支配」とし、(1)情を知らない他人を利用すること(目的なき道具)、(2)因果的経路を支配する自由のない者を利用すること(自由なき道具)、(3)身分者が非身分者を利用して身分犯を行つた場合(身分なき道具)を夫々正犯と認めようとする。そして責任無能力者の舉動を利用する場合は、之等の者が目的支配の能力

をもつ時は共犯であり、そうでない時は正犯とされる。責任無能力者の舉動を利用する場合を除いては大體今日の通説といわれる所と結論は同じである。ことさらに「構成要件該當の行爲支配」という概念を藉りなくとも、ただ構成要件該當性の解釋、云い換えれば「實行行爲」の解釋によつて、正犯と共犯とのギャップは補い得るのではなからうか。尙教唆犯については我國では有罪視することがむしろ有力な *agant provocateur* を、ドイツの通説に従つて立法論的には疑問を持ち乍らも無罪としているのが眼につく。

第二部刑罰論については特筆すべき議論も少く又ここで多くを語る餘裕もない。ただ死刑について、原則的に廢止すべきものとされるが、ただある種の重大な犯罪についてはただ死を以てのみ償われるとの國民の規範意識がある以上現實にはこれを無視し得ないとして一應死刑を認め、且つわれわれの文化的標準から絞首刑も一がいに残虐刑とは云えぬとされる。

目的的行爲論は存在論的方法によつて行爲の構造を明らかにし、それを刑法的思惟の基礎に置いたもので、各方面に新しい問題を提示してはいるが尙各方面からの批判が可能で未だ完成された體系づけとは云い得ないものがあるようである。本書も、ドイツにおけるこの目的的行爲論をいち早く紹介し且その線に沿つて新しく刑法總論の體系づけを試みられたものではあるが、未だ圓熟した體系づけとは云い得ない箇所が散見される。しかし最も新しい刑法の體系づけとして新鮮さと若い學徒らしい熱情と意慾と大膽さに満ちて居り、且目的的行爲論の日本的展開の唯一のものとして高く評價されるであらう。

終りに筆者の理解が不十分な爲に思わぬ過誤を犯し、又は僭越なしかも不當な批判となつてゐるかもしれない箇所が多いことを怖れ、著者並に讀者諸賢の御諒解と御宥恕を願う次第である。

(中谷瑾子)