慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	ウェルツェルの過失論批判 : F. Nowakowski ; Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, Eine Besprechungsabhandlung (Juristenzeitung, Nr. 11-12, 13, 1958)
Sub Title	A critical survey on the Welzels theory of criminal negligence
Author	刑法研究會(Keihō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1960
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.33, No.7 (1960. 7) ,p.57- 82
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19600715-0057

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.

資料

ウェルツェルの過失論批判

——F. Nowakowski; Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, Eine Besprechungsabhandlung (*Juristenzeitung, Nr. 11~12, 18, 1958*)——

刑法研究會

解題

戰後のわが國刑法學界の最大の理論的關心事は何と云つてもウェルツェルの唱導にかかる目的的行爲論であるが、この理論は未だに發展の途上にあり、ウェルツェルの教科書は年々本質的な部分についての訂正と再構成が加えられて今日に至つている。とは云え目的的行爲論はその發祥地ドイツにおいて、とくに故意に關する限り、殆んど傳統的な體系の側からの反論を沈默させ、有力な反對説までこれに贊意を示すに至つている（例えばメッガーの刑法概説の新版などに顯著に見られる）だけではなく、實定法上の差異等もあつて當初比較的批判的であつたわが國においても漸く根を下しかけて來た、というよりはむしろ意外に廣汎に贊同者をましつつある現狀である。（例えば木村博士の〃刑法における目的行爲論—その意義と價値〃と題する論文、季刊法律學第一四號、昭和二五年、と〃刑法總論〃法律學全集40卷、昭和三四年、との對比においてその推移を窺うに充分と解することが許されるのではなかろうか。）

しかし、絶えず發展を續ける目的的行爲論にとつて、その當初より今日に至るまで終始その難點とされているのは過失論である。目的的行爲論は今更説くまでもなく、單なる〃有意性〃ではなくて內容的に決定された〃目的性〃を行爲の本質と解するのであるから故意行爲については問題なく妥當しても、過失の場合には發生した結果は行爲者の目的としたものでないことは明らか（もし發生した結

果を目的としたのならばすでに故意犯であつて過失犯とはならない）であるためにその構成を故意との關連で如何に矛盾なく展開できるかが問題となるわけである。ウェルツェルはこの點につき、最初は、過失における目的性は故意のそれとは異つて現實的、顯在的なものではなく、目的的行爲によつて（望ましくない）結果の發生を回避しうるという意味で〝潛在的目的性（potentielle Finalität）〟をもつものだとして、故意及び過失を目的的行爲として統一的に構成しようとしたが、ニーゼの、「目的性は存在するかしないか何れかの存在事實關係であり、この〝存在か不存在か〟ということの中に、存在論的カテゴリーの本質があるのであつて、潛在的目的性というのは可能な目的性ということで實際は存在しないことであり、從つて可能な目的性は目的性ではない」（Niese ; Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, S. 43）という手痛い批判並びに過失犯を故意犯から區別するものは目的性の缺如つまり行爲の性格ではなくして、故意犯の場合には目的性は故意として構成要件該當の結果に關するのに、過失犯の場合には目的性は構成要件該當の結果とはちがつた結果に向けられているという事にあり、目的的行爲論はこのように構成要件該當性の見地で過失犯と故意犯との關係を解明すべきだとの提案（a. a. O., S. 53）等に影響を受けたらしく、後には說を更めて過失犯は法的に重要でない目的的行爲によつて、法的に重要な（構成要件該當）の結果を非目的的に、つまり純粹因果的に惹起することである（vgl. Welzel ; Das deutsche Strafrecht, 6. Aufl. 1958. ウェルツェルの過失の說明は說く場所によつて多少ニュアンスを異にするが、大體上のように解してよいであろう）とされるに至つた。しかしこのように云いかえては見ても刑法上重要でない目的を問題とすることは不當で、それは恰も不作爲犯の因果關係が爭われた頃、法的に重要な不作爲それ自體にではなく、法的には何ら重要な意味を持たない先行行爲、他行行爲に原因性を求めようとした古い學說に對する非難と同樣な批判がここでも妥當するように思われる。即ち目的的行爲論は今日でも尙その過失論の領域で多くの問題を殘しているのであつて、過失をいかに矛盾なく犯罪論體系の中に位置づけるかが、目的的行爲論に反對し、これと對決する立場に立つにせよ、又は目的的行爲論に同調してこれをより一層完成する立場に立つにもせよ、刑法理論の發展のための重大な課題とされなければならない。そのためにもウェルツェル等目的的行爲論者の過失犯論を詳細に檢討することは勿論、更に目的的行爲論の過失論に對する各方面の批判にもできるだけ多く耳を傾ける必要があるであろう。その意味で以下に紹介する資料は目的的行爲論（とくにウェルツェル）の過失論に對する批判としては珍しく詳細なものであり、資料としても價値のあるものと信ず

る。

本資料はドイツの〝法曹新聞〟(Juristenzeitung) の一九五八年、十一～十三號に掲載されたもので、著者ノヴァコフスキーはオーストリーのインスブルック大學教授で、目的的行爲論の批判としては、すでに「一九四五年以降のドイツにおける刑法理論の發展について (Zur Entwicklung der Strafrechtslehre in Deutschland nach 1945)」と題する論文を發表しており、しかもこの論稿については、早稻田大學の齋藤教授、西原講師によってすでにわが國にも紹介ずみである (早稻田法學三一卷一、二合併號—一九五五年六月—二四五頁以下)。著者の根本的態度は、何れも目的的行爲論に對してむしろ批判的で通說的立場から立論されている點に差異はない。しかし後者は直接目的的行爲論の批判をテーマとしたものではなく、批判の對象とされた目的的行爲論も一般に論ぜられ、從ってこの理論が重點を置く故意論が中心で過失論は當然のこととして殆んどふれられていない。それに比べて本資料はウェルツェルの過失論の批判を直接テーマとし、前の論稿發表後のウェルツェルの理論的展開とも照應して、とくに詳細に批判の論陣を張っている點において特徵があり、ノヴァコフスキーの目的的行爲論觀を知るためには兩者併せ檢討されることが望ましいと考えられる。

×

ノヴァコフスキーはこの論文をウェルツェルの教科書の第六版が出版される以前に、教科書の第五版と〝刑法體系の新形相 (Das neue Bild des Strafrechtssystems)〟の第三版を對象として執筆脫稿したが、印刷直前に第六版が出版されたため、六版におけるウェルツェルの改說に相應して補足部分を加えた。ここに紹介するに當って、私共は矛盾と冗長さを避ける爲この部分を本論の中に織りこみ、教科書の六版と矛盾しないように再構成した。しかしその爲に却って理解し難くなった點のあることをおそれる。

ともあれ、ノヴァコフスキーの批判自體にはいろいろ再批判すべき個處も少くないが、從來餘り解明されることのなかった過失の根本的構造について本格的な思考が加えられるようになって來たということは大へん歡迎すべき現象であるから、これを詳細に讀み、同時にウェルツェルの過失論を詳細に檢討することによって種々の示唆を受け乍ら獨自の過失論の構築を目ざさなければならない。このノヴァコフスキーの批判に對する再批判はやがて各個の體系構築ともつながるものであるとの見地から今回はこれを省き、全くの資料として生のまま (と云っても抄譯の形になってはしまったが) 提示することにした。ただ私共は、今一度冷靜にこの資料に展開された論爭を反省して、一體刑法理論がこのように精緻に展開されることにどれだけの實益があるのか、という不安を持つのである。餘りに

も細かい論爭になつてくると、彼我ともに、何れがすぐれているかの判斷さえつかなくなつてしまうおそれなしとしない。

しかし、これはもつともなことかも知れない。ノヴァコフスキーがいみじくも言つたように〝學問（法律學）の世界には、何れが適切であるか〟という爭いしか殘されていないからである。

×

なお、ノヴァコフスキーの學說上の位置を知るためには、一九五五年に發表した Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen を參照する必要がある（この紹介は法學研究二十九卷五號七八頁以下に宮澤がこれを行なつている）。このほか Fortgesetztes Verbrechen und gleichartige Verbrechensmenge (1950) という著書もある。

ノヴァコフスキーは、インスブルック大學教授リットラーの門下であつて、一九五〇年にはインスブルック大學の私講師と檢察官を兼ねていたが、一九五一年から正教授となつた。

ドイツ語系の刑法理論家としては、大へん有能な學者であつて、ガラス教授の言葉をかりれば、チュービンゲン大學のシェミットホイザー、ザールブルュッケン大學のマイホーファーと比肩しうる力量の持主であるとのことである。

右にあげた體系書で說明の足りない個所は次にあげる論文によつて、これを補充することが出來よう。年代順に、主なものを列べてみると、Das Ausmaß der Schuld. Schweiz. Zeitschrift f. St. R. Jahrg. 65 (1950) S. 301 ff. Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit. Zeitschrift f. ges. St.W. Bd. 63. (1951) S. 287 ff. Zur Theorie der Fahrlässigkeit. Kriminalbiologische Gegenwartsfragen (1953) S. 103 ff. Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz. Z. ges. St.W. Bd. 65. (1953) S. 379 ff. Tatherrschaft und Täterwille. Juristenzeitung (1956) Nr. 18. S. 545 ff. Freiheit. Schuld. Vergeltung. (Festschrift. für Theodor Rittler (1957) S. 65 ff. となる。

我々は、他日、この若いオーストリアの世代の發言を詳細に檢討して、ドイツ系刑法學の影響とその變容を發表したい。

附記　ノヴァコフスキーの右論稿は、宮崎澄夫教授の御指導の下に、上智大學青柳文雄教授も參加され、昨一九五九年夏より輪讀、批判を重ねて來たものである。今、抄譯の形にして發表するに當つて右の機會に交された實り多い議論が思い出されるのである。このような形で印刷に附されるに當つて、拙譯のために著者の眞意を傳え得ない個所も多いことと思うが、その責の大部分は、中谷、宮澤の兩名がこれを負う。若し幾分の寄與をなしうるものあるとすれば、前記兩先生の御指導の賜物であることを附記して、讀者諸氏が御理解ある關心を寄せられることを心から期待している。

（中谷瑾子、宮澤浩一）

一九四〇年の〝ドイツ刑法總論綱要〟から一九五八年の〝ドイツ刑法第六版〟に至るまで、ウェルツェルの理論體系の發展はすさまじく、彼は版を重ねるごとに主要部分を再構成して來たのであつて、それと共に目的的行爲論の體系は首尾一貫性を增して來た。しかし同時に、傳統的な體系との對立は減少した。決定的であつたのは、まず何よりも不法を行爲反價値と結果反價値とに明確に分類し、この兩反價値性の間の內部的關係を際立たせること、構成要件論及びそれとの關連において正當化事由の理論を展開すること、及び故意を構成要件實現の認識及び意欲として定義づけること等であつた。目的的行爲論に反對して提出することのできた反論の多くのものは、目的的行爲論の發展によつて克服された。今日では、目的的行爲論は、もはや、行爲概念の存在論的基礎づけで能事終れりとするのではない。たとえこの行爲概念の存在論的基礎がウェルツェルの體系にとつて非常に重要なものであつたとしても、通說はウェルツェルが考えたとは違つた前提の下で體系づけてきたところであつた。ウェルツェルの行爲論を否定する者も、今日では彼の違法論には考慮を拂うことができる。規範的な觀點の下で、我々は、目的的行爲論に決定的なものは、行爲論ではなくて違法論であると考えることができる。從つて、目的的行爲論との妥協、中間的解決は可能である。相互的理解はいずれにもせよもはや困難ではなくなつたはずである。

I

ウェルツェル自身、彼の論爭の相手方の理論を充分な理解力をもつて判斷することによつて容易にその相互的理解を得ることができたはずであつた。すでに〝因果的〟行爲概念についても、又、故意を外部的出來事の〝映像〟と判斷することについても、上のことは妥當する。ベーリングの體系について論じようとするならば、彼(ベーリング)が、實質的に見て、客觀的犯罪觀を主張していたことを看過してはならない。彼にとつて、犯罪的現象の反價値はまず第一に外部的行爲の面、卽ち法益侵害の實現にあつた。故意又は過失の問題は彼にとつてはこの意味での違法な行爲の存在が確定された後にはじめて登場する。このような見解から〝因果的〟行爲概念が適當であつたのである。その場合故意を實現せられた不法の〝映像〟として理解することも亦〝因果的〟行爲概念にふさわしかつた。それは意思活動がその實現に先行し、行爲は、設定された目的の達成を目ざすものであることについては、ともかくも明らかにしていた。

(ベーリングも、違法行爲は行爲者の決意にもとづく。決意それ自體——その方向により、又はその成立の過程で犯した不注意により——瑕疵のあるものであつたかどうか、……その方向の故にであれ、その成立の種類と方法の故にであれ、ともかく

も決意かどうか……と述べている）

しかし乍ら、その場合、そのことに關心があるのではなくて、行爲者の外部的な作用における行爲の本體的な反價値及び行爲者の內部心理的な事實關係がこの實現された事實關係の〝歸責〟の要件としてのみ認められる場合に、評價のあり方がいかに現わされなければならないかの點に關心がもたれていたのであつた。犯罪の絕對的本體的な反價値を行爲者の決意の中に見出し、絕對的不能犯の可罰性を承認する實質的犯罪觀にとつては別の手がかりが生じる。〝結果反價値〟はその場合必らず存在しなければならないものではない。故意は單にこのような反價値のための責任條件にすぎないのではなく、犯罪に反價値の意味を與える獨立の擔い手であり、又その第一の擔い手である。傳統的な理論は、〝主觀的違法要素〟を個別的に認めることによつて故意を考慮することができるものと信じていた。このような逃げ道が論理—體系的にも、實質的にも滿足しえないものであることを指摘したことは、ウェルツェルの偉大な功績である。事實、上述の犯罪觀にとつて、すつきりした解決は以下の二つがあるだけである。卽ち、故意（又はその中に含まれた要素）をもつぱら違法に屬せしめるか、それとも違法ではなくて有責であるにすぎないものを犯罪として處罰しうることを認めるかの何れかである。違法論として見た場合、ウェルツェルの體系は第一の意味で首尾一貫したものである。從つてここにいわゆる〝主觀的〟犯罪觀をとる者にとつて、ウェルツェルの體系は價値ある提案として評價せられ、檢討されなければならない。（この主觀的犯罪觀というものが特殊な意味をもつていることについてはエーラー教授の指摘されるところである。この點について、前揭宮澤のノヴァコフスキー刑法綱要についての書評で詳論した。）

II

しかし乍ら、過失犯についてはさてどうであろうか。周知のように、一般には、ウェルツェルの體系が過失との關連において役に立たないという反對がくり返し述べられているのである。卽ちその反對意見によれば、彼（ウェルツェル）が、もし、目的性を內容的に決定された結果志向（Erfolgsstreben）と解するならば、目的性は過失にとつて何らの意味も持たないはずである。過失者は彼にその責任が歸せられる結果をまさに志向しなかつたのである（從つてそこに目的性は認められず、刑法評價の對象となる行爲は存在しないことになる）。なるほど過失者も亦何かある事を目的とし、從つて存在論的に判斷するならば、その行爲は目的的行爲と解してよいであろう。しかし乍ら、法の規範的考察方法にとつては、行爲者の主觀的目的などは問題ではない。從つて、具體的內容性ということを度

外視するならば目的性から殘つたもの、即ち有意性のみがここでは重要なのである、と。ウェルツェルはこの反對意見を論駁するために孜々として努力を重ねて來た。彼は自身の過失犯の構造をくり返し檢討し、變更した。そして今や彼は、彼の理論のみが過失犯を正しく評價しうるものであると主張している（六版、三六頁以下）。かくして目的的行爲論は、過失の領域でも防禦態勢を脱却して攻擊に轉じた。從つて過失論が、目的的行爲論の中でどのように現われ、傳統的な學說よりもどの點がすぐれていると考えられるかの點が局外者の關心をひくのである。

ウェルツェルによれば、過失態度は命令規範に違反する。命令規範は、（行爲の）目的實現意思が刑法上重要でない結果に向けられているその行爲を方向づけて、社會的に望ましくない附隨結果を避けるように命ずるのである。過失犯の場合には、望ましくない附隨結果の發生を避けるため、日常生活上通常な最小限度の目的的操縱が要求されているにも拘らずそれが實現されなかつたのである（三三頁）。過失行爲はこの法益の侵害を避けるための日常生活上相當な程度の目的的操縱をしなかつたが故に法益の侵害を盲目的に惹起したものである。過失犯の決定的な違法性の要素はこの點にある。即ち故意犯の違法性は、行爲意思（故意）が構成要件該當の結果の實現へ向けられていることに基づき、過失犯の違法性は、構成要件に

該當する結果を純粹因果的に惹起した行爲が、結果回避のための、命ぜられた目的的な操縱をしなかつたということに基づく。

〃以上のように論ずるならば、實際に存在する目的性ではなくして潛在的、命ぜられた目的性が志向されているのであつて、それによつて存在論的領域から規範的領域へすりかえられたのである〃という反論に對してウェルツェルは、その反論は〃存在論的〃ということと〃現實的〃ということとの混同だと反駁した。彼によれば行爲の構造法則性（die Strukturgesetzlichkeit）は、行爲が現實的か、それとも當爲づけられている（從つてまだ非現實的）かとは關係のないことである。現實の目的的操縱が命ぜられた目的的操縱に及ばないという確證は、當然にまず違法性の領域で行われる。しかしこの二つにとつて前提となる目的性の範疇的構造法則性は存在論的問題であるという。しかしそうであつたとしても、「法が過失犯として評價する空間—時間的經過の範圍内で、目的性は如何なる意義を有するか？」という法律的—規範的な反論を撤回するわけにはいかない。法益の侵害は、ウェルツェル自身によれば、盲目因果的に惹起される。彼は過失行爲を〃法的に重要でない目的性をもつた行爲〃と呼ぶ。即ち過失でなされた行爲は、法にとつて重要でないということに他ならない。しかもこの行爲も亦存在論的に判斷すれば、目的的であるということは疑う餘地もない。しかし乍ら法律的

には、この目的性はただ〝一定の意欲された結果〟との關係と無關係なだけであつて、從つてその內容がからつぽだという點でのみ有意性として考慮される。命ぜられてはいるが爲されなかつた目的的操縱ということを指摘してみたところで、別段目新しいものはない。犯罪として評價される實際の事實關係はその反價値のアクセントを、他の、單に考えられただけの態度、一定の方法で目的的に操縱されたものと考えられる態度と比較することによつて支えられる。しかし乍ら現實の出來事はそれと同時にその目的性とは關係なく單に有意的な態度として、犯罪として把えられる。

（ニーゼ Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit はもつとはつきりと云つている（四三頁）。目的性は存在事實であり、〝ある〟か〝ない〟かである。從つて可能な目的性は目的性ではない、と。）

ウェルツェルはこの種の反論に對して更に說を更めて對抗した。それはすでに教科書の五版の中で準備されてあつた。ここではウェルツェルは、目的性は實現意思が及ぶすべてのものを包括するのであつて、單に目ざされた目的のみならず、手段及びそれと結びついた附隨結果をも包括するのだということに特にウェイトを置いている。そして更に彼は、過失態度においては、意思內容は目的に關する限り、なるほど必ずしも法的に重要ではないとしても、用いられた手段との關連においては重要である。過失とは（望ましくない附隨結果を回避することを目的として）日常生活上命ぜられた最小限度の目的的操縱を基準として、手段の選擇と手段の使用に際しての現實的な意思操縱の缺如である。即ち過失態度の違法性は、この現實的な行爲操縱の缺如の中に存する、と。

（更に六版に至り、ウェルツェルは、過失態度の實際の目的性に關しては〝新形相〟の第三版での主張と同樣、それ（目的性）が行爲手段の選擇と使用に關する限り法的に重要と認められるのだとしている。）

しかしこの新しい構成は人を納得させるであろうか？　これまで過失犯の領域で目的的行爲論に對して出された疑念をとりはらうことができるであろうか？

III

批判的考察は通例行われるよりも一步深く掘り下げられなければならない。過失による作爲行爲が命令規範に違反するという出發點がすでにどうかと思われる。社會的に望ましくない附隨結果の發生を避けるように態度を操縱せよという法の命令が第一次的に存在するのではなくして、そのような結果發生の可能性を帶びた行爲をするなという禁止が第一次的に存するのである。特にこのことは、その性質上、一般的に見て、社會的に相當な態度又は許された危險によつてカバーされる態度のいかなる類型にも屬さない行爲の場合に

明らかである。二つの例をあげよう。ある學生が、話をしている他の學生の椅子をソッとひいたので、話し終つて腰かけようとした學生が、床に倒れて重傷を負つたとする。又、喫煙者が燃えさしの葉卷を不注意にも開いたままの地下室の窓へ投げ込み、そのために火事がおこつたとする。これらの場合には、行爲者が意圖した行爲を意圖通りに實行し得ないから、爲すべきではないという不作爲義務を彼に課することはできないのである。むしろ、行爲はただそれが危險であるが故に、爲されてはならないのである。事柄は、積極的な行爲による犯行の場合にはしかし常にそうである。勿論、その危險性を法が認めている行爲について、それが相當な注意を拂つて行われた場合には爭いがある。例えば自動車類の運轉、危險な企業の運營等。ここでは、反價値の判斷は積極的な行爲に結びつけられるのではなく、その場合に命ぜられた安全豫防手段、注意を拂うこと等を怠つたということに結びつけられるのである。作爲犯と不作爲犯との區別は事實問題ではなくて評價の問題である。しかし、（存在論的觀點に立たなくても）規範的な觀點の下においても、これらの場合に積極的な行爲をするよう命ぜられる。凡そ自動車運轉又は危險な企業の運營は直ちに適法であるとはきまつてはいない。一定の安全豫防手段がとられ、過度の危險が除去されるという前提の下においてのみ、これ等の活動は適法である。交通規則を遵守しない自動車運轉、又は安全規則を考慮しない企業の經營は（危險が、他の方法で許された範圍内にとどめられない限り）前例の椅子をひいたり、葉卷を投げこんだりしたのと全く同樣に違法である。許されない危險を伴う行爲は法の要請に違反し、從つて爲されるべきではない。もし行爲者が許されない危險を排除するならば、その行爲は適法である。このように考えられる意味においてのみ、日常生活上相當な注意の遵守が〝命ぜられ〟るのである。それが怠られれば、積極的に爲された行爲は違法であり、他の場合には（命ぜられた注意が拂われた場合）許された危險と結びつくのみであるから、（積極的に爲された行爲は）適法である。しかし、非常に多くの過失犯にとつてこの問題はそもそも問題とはならない。

（ランゲ Z.St.W. 1951 S. 505 はニーゼ前掲書六二頁に從つて、過失犯は根本的には不眞正不作爲犯であるとする。メッガーの概說一八五頁も過失犯とは何か即ち〝命ぜられたこと〟をしないこと、即ち注意義務の不充足と解している。このことはウェルツェルの見解と一致している。）

過失行爲は直ちに許されない危險を伴い、從つて禁止されるのである。

（法原則が實際に命令としてではなく、主張命題として理解せられる事實はここでは論外におくことができる。反價値の主張は最初積極的な行爲と結びつき、次いで何かを決定しなかつた

ということに結びついている。この意味でのみ本文中で命令及び禁止とする。）

過失者が構成要件に該當する（結果の）不法を避けるために相當な注意を拂わず、彼に課せられた注意義務を輕視したものだと云つたとしても、過失の規範的核心は不作爲であると云うことにはならない。他人の利益、社會的義務への配慮の缺如は、過失者の場合も故意者の場合と異らず、合法的なことを懈怠するという行爲を決意することの中に現われる。人はその同胞を、馬鹿げた冗談で危險に陷し入れてはならないし、自動車の運轉、又は危險な企業の經營によつても同樣である。但し危險を、許された危險の程度に局限する場合はこの限りではない。

從つて、過失は客觀的な注意を怠ることと關連するのではなくて許されない危險の發生と關連すべきである。このことは認識なき過失についても妥當する。ここでは危險が看過せられ、その爲に行爲が行われなかつたのである。この見逃しは勿論〝注意の缺如〟に基づく。しかしその場合の〝注意〟とは、認識ある過失の場合、その行爲者が、その認識した危險に對して〝客觀的な注意〟を意識的に無視することによつて明らかになる不注意であるのに對比すれば、認識なき過失の場合には全く違つたものを意味するといえよう。これらの注意概念は、そもそも、充分はつきりと區別されていない。

ウェルツェルは過失を（望ましくない附隨結果を避けるために）日常生活上命ぜられた程度の目的的操縱を基準として、手段の選擇とその使用に際しての現實的意思の操縱の缺如と定義づけているが、そうではなくて、企てられた目的的操縱と結びついた許されない危險を基準として、手段の選擇とその使用に際しての意思操縱の缺如とするべきであろう。そのように置き換えたとしても、目的的行爲論體系に別段何らの困難性を追加するものではない。（むしろその反對である。）

Ⅳ

目的的行爲論の問題の核心に一層迫る問題はまず以下のことである。即ち許されない危險が結びつけられている手段の選擇とその使用——もしくはウェルツェルによれば、命ぜられた最小限度の目的操縱が怠られていること——が本質的な性質において目的性の領域に存するのか？　という問題である。ウェルツェルは、目的的操縱とは、行爲者によつて目ざされた目的を惹起することを可能にする手段（因果的要素）の選擇も、更には又目的の達成と並んで、選擇された手段の使用と結びついた附隨結果の考慮をも包括するということから出發する。そしてこのことに基礎を置くならば、目ざされた目的又は目的性の中に算え入れられ得る他の結果を目ざす多くの

因果的要素の中で、目的性をおびたものが手段といえる。同僚の椅子を引いて、その際、身體傷害の可能性を全く考えなかつた學生は、自分の行爲を、傷害の結果發生のための〝手段〟とは考えない。行爲者は法益侵害の可能性を考えたとしても、それ（結果）が發生しないであろうと信じたのであれば、彼は同時に、自分の行爲がそのような結果の實現のための手段としての性質を持たないであろうと信じたのである。爲された行爲の手段が目的性によつて支えられていることは確實である。しかし乍ら、それが結果に對する手段である限りにおいてのみ、それはまた目的性に屬するのである。

結果から中間的原因にうつしかえることによつても過失態度の目的については何ものも得られない。結果が目的性に包括されないならば、行爲の手段性も結果とは何ら關係がない。手段選擇の現實的な目的性は法的には考慮されていない。（もつとも六版ではこの點についての訂正があつたことは前記の通りである。譯者註）行爲手段の選擇とその使用に關連して、命ぜられた目的的な操縱は懈怠せられ得、又一般に（即ち反價値の意味をもつ結果が、目ざされた結果より以上の結果として切迫しない限り）過失態度の場合には（それが實際に）怠られる點だけが示される。しかし乍らここでは、命ぜられた目的的操縱の缺如ということだけが評價されるのである。現存する事實狀態の實際の、現實的な目的性は法的には非本質的である。だから再び單なる〝有意性〟に還元される。

（ウェルツェルが過失行爲の主觀的構成要件につき、法益侵害を非故意的に招來する、〝行爲手段の目的的操縱〟ということを狙つているとすれば、それによつて、この自稱目的性は單に有意性として考慮されるにすぎないことはとくに明らかである。）

V

もし、すでに何回となく提起された反論を考慮していたならば、おそらくウェルツェルの目的的行爲論は本質的な勝利を得ることができたであろう。その反論とは、目的性と故意との同一視に關する。即ち、目的性は故意のように廣くはないというシュミットホイザー（全刑法雜誌一九五四年、二七頁以下）と、他方、目的性は故意を超えて認識ある過失によつて惹起された結果をも包括するというガラス（全刑法雜誌一九五五年、四二頁以下、同、一九五七年別冊一九、二二頁、齋藤・西原譯、犯罪論研究註二三a、ドイツ刑法改正資料、一卷、一二八、一三〇頁）、エンギッシュ（刑法革新の問題、一五五頁以下）がある。

この二つの說はともに可能である。ただ、何を目的性と解するかだけが問題である。人間は目的を設定し、その達成に向つて意識的に行爲を形成するのだということから出發すれば、目的性は目ざされた目的及びそれのために意識してとられた手段に限定されなけれ

ばならない。行爲の効果（作用）の認識は、克服された反對動機にすぎず、從つて、この行爲の効果は目的性の中に屬さない。若し行爲の効果についての豫見的な知及び行爲決意の中にこの知に對する本質的なものが見出されるならば、目的性は、この〝實現意識〟と同じ程廣い。この二つの概念構成は、實質的に適切であり、まさに人間的態度の特有性を示す。この兩性質は人間行爲の存在論的構造法則性としてとり出すことが出來る。シュトラーテンヴェルトが〝事物の本性〟につき示したものが、ここにも妥當する。即ち、答えが問にかかつている。法律の領域では、問題は規範的關心によつて決定されるのであるから、從つて目的性を、丁度實現の意識と同じ位に擴げる第二の出發點が選ばれるべきである。

この場合にはしかし、目的性は認識ある過失をも包括することになる。しかし乍ら、そのために、ウェルツェルが誤解しているように、表象說と意思說との間の古い論爭が再燃するようなことは決してない。まさしく、目的的行爲論は、この點で新しい洞察に通じている。制限的故意と認識ある過失とが今日相互に區別されているように、それらは、目的性によつてはそもそも區別されない。認識ある過失の場合でも、制限的故意の場合でも、等しく、行爲者は、自分の態度と附隨結果の發生の可能性とが結びついていることを認識している。即ち彼はこの可能性を認識して行爲しているのである。

（しかしそれだから認識ある過失は常に同時に危殆故意であると云つてはならない。危險概念を構成する普遍的（〝客觀的〟）不確實性と當該行爲者の主觀的な不確實性とは幾分違つている。從つて危險判斷に疑問のある場合がありうる。乾草小屋に火をつけた浮浪者が、その時、小屋の中には仲間が寢ているかも知れないと考えて〝敢えて〟行爲したとする。この敢行は（仲間の生命に關して）その決意を反價値のものと意味づけるものである。しかし乍らそれは、人格的、主觀的な無知にのみ基づく。仲間は、彼が丁度そのとき小屋にいた場合だけは危險であるが、彼がすでに小屋を離れて數キロも歩いてしまつていたならば、もはや危險ではない。この〝敢行〟と〝危殆化〟との間の區別は故意犯にも過失犯にも妥當する。浮浪者が仲間の燒死を肯定したか、或いはすでに彼が立ち去つたと信じたかという問題については何らの差異はない。しかし法的効果は勿論違う。前例では單なる敢行は不能犯の問題を提出し、後例では可罰性がない。過失犯の可罰性については單なる行爲反價値だけでは不充分である。それは結果反價値で（少くとも具體的な危殆化、又は構成要件に該當する態度の外部的充足の形で）實現されなければならない。危險の招來については結果反價値の要素が重要であるという點は、ウェルツェルの說明では全く不明である。）

目的的に〝決定しつくすこと（Überdetermination）〟即ち行爲の流れを意思によつて支配することは、兩場合において全く同じで

ある。違つているのは決意を支えている心情、即ち法秩序が非難する結果に對する情緒的な態度である。前者にあつては、結果は行爲者にとつてどうでもよいのに對して、後者にあつては、その不發生が望まれる。この內心的態度が、常に行爲決意にとつては決定的なものであるとしても、それは、行爲の流れを意思によつて形成することの中には少しも現われていない。行爲者は、彼が惡しき結果を甘受しようと(即ち制限的故意—譯者)、それとも惡しき結果の不發生を信じようと(即ち認識ある過失—譯者)全く同じようにその態度を操縱するのであつて、何れの場合も〝目的活動的操縱〟ということは同一である。ただ操縱する心情が違つているのである。

犯罪的故意の中に存する行爲反價値は、從つて、單に目的性だけに基づくのではない。今日一般に認められ、又、ウェルツェルによつても理解されているように、故意は單に〝法的に重要な〟要素だけではなく、同時に附加的な要素により、まさしく一定の情緒的態度によつて、犯罪的結果に對して性質づけられた目的性でもある。

故意の中で(そして又認識ある過失の中で)傳統的に知的要素と意的要素とを區別するだけではそもそもあまりにも不充分である。目的性ということをとり出すことによつて開かれる見解を基礎にするならば、第三の要素を分類すべきであろう。即ち、行爲者は、構成要件該當の結果をその可能な効果として豫見し(知的要素)、感情的にこの可能性に對する態度を決め(情緒的要素)、可能な結果を認識し、その上で行爲を決意する(意的要素)。目的性によつて把握されるのは知的要素と意的要素だけである。情緒的要素は故意又は過失にはじめて屬する。ウェルツェルが目的、直接的故意、制限的故意の何れが存するかによつて〝故意の種類〟を區別しながら、それに相應して目的性の種類を區別していないのは、そのためである。

目的的行爲論が、故意犯の行爲反價値に關して、もし故意と目的性とを同一視しないならば、それは正確ではない。それに關して行爲反價値は、正しくは、故意に基づくべきか、それとも目的性に基づくべきかの問題が生ずる。これは、不法と責任の實質的な內容を如何に決定するかにかかつている。目的的行爲論の體系はこの點でいろいろな可能性を殘しているのであつて、それは、すでにウェルツェルの理論とガラスの理論を比べれば分ることである。ガラス(a. a. O. S. 19, 20)にとつては、故意と認識ある過失とを相互に區別する情緒的要素は責任に屬する。ウェルツェルは、この問題について從來明らかにしてはいない。というのは、この要素をとり出していなかつたから。しかし、首尾一貫させるためには、彼は、それを行爲反價値に算え入れるべきであろう。ウェルツェルにとつて違法性は、意思行爲の〝あるべきでないこと〟の判斷基準となり、又それをより詳しく特徵づける諸事情を包括するものであり、責任

は、意欲者の意思決定が〝法的可能の判斷の基準となる〟諸事情を包括する。情緒的な態度は結果に對して意思行爲をその〝あるべきでなかったこと〟で性質づけるのであって、從って不法に屬する。

かくして故意と認識ある過失とは法的に重要な行爲意思の類型として分析されないままで殘っている。〝心情要素 das Gesinnungs-moment〟を行爲價値からとり出して責任に屬せしめるならば、故意と認識ある過失とは、この反價値のカテゴリーで分けられる。その場合には、實定法の個々の犯罪類型が提示しているような、行爲反價値と〝主觀的構成要件〟との間の一致は失われてしまう。故意と認識ある過失とは、この理論の意味で、〝目的性の要素〟に關してのみ行爲反價値及び〝主觀的構成要件〟に屬し、情緒的要素に關しては責任（又ガラスの意味における〝責任構成要件〟）に屬することになるであろう。こうすれば、ベーリングの體系が個々の實定法のメルクマール――それは外界の要素を行爲者の心理的要素と結びつけて表現する――について要求したような、それ自體は好ましくない分割が一般に必要になるであろう。何故なら、故意又は認識ある過失はすべて犯罪類型に屬するのであるから。故意を不法構成要件から分離することによって目的的行爲論が常にひき出すより廣い本質的な結論、特に共犯論についての歸結は、疑問になるであろう。しかしウェルツェルの體系は、情緒的要素に行爲反價値における地位を用意することによって一切これを避けている。

VI

故意と認識ある過失とを行爲反價値の中で完全に同化すること（Aufgehen）によって、ウェルツェルは、その體系上、認識ある責任と認識なき責任のみが存在し、故意責任と認識ある過失責任との間の差異はないと言わざるを得なくなった。この點に度々非難が加えられる。彼自身は勿論これを承認しようとしない。彼の言うところによれば、非難可能性を區別するのは、それが故意行爲と關係するか非故意行爲と關係するか、更には行爲者が行爲の違法性を知っていたか、又は知り得たかということによる。しかし、認識ある責任においては、この觀點の何れも徹底的ではない。

（以下に展開された非難可能の要素に關する部分は、ウェルツェルの六版が構想を新たに新しい理論を展開しているので、ノヴァコフスキーも補充的な批判を試みている。だから我々も、第五版に對する批判の部分を割愛して第六版に對する追加部分をここに組み入れることにする。）

〝非難可能性の要素としての構成要件實現の認識の可能性〟に關するウェルツェルの理論は新しく再構成された（六版一三七頁以下）。ここでは今や、故意の構成要件の實現が問題なのかそれとも非故意の構成要件の實現が問題なのかによって非難可能性の要素が根本に

おいて異つているということが最も重視されている。故意犯の場合には、故意及びその他の主觀的構成要素（惡意及び類似のもの）はその人的非難可能性の限度で問題とされる。卽ちいかなる範圍で構成要件的故意は行爲者を人的に非難しうるかどうか？　その場合ウェルツェルが今や强調するように、この問題は單に實定法上の構成要件によつて規定された主觀的要素だけではなく、具體的な時點に具體的な決意を喚起した外部的及び內部的全體的諸事情を含むのである。卽ち認識ある過失の場合には、責任非難は個々の行爲者が結果發生の可能性を豫見したこと、認識なき過失の場合には行爲者が結果發生の可能性を人的に豫見し得たはずである事に存する。

このように論じて、ウェルツェルは彼の責任論をより深く展開してそこから以下の結論をひき出すのである。卽ち彼は從來と異つて新版では責任は段階概念である事を强調している。卽ち責任は法の要請が大きければ大きい程責任は重く、又法の要請が少なければ少い程責任は輕い、又行爲者が法に遵う程輕く、逆に之に遵わない程重い。この程度に從つて行爲意思はより多く或はより少く有責である。しかし乍ら行爲意思は責任ではない。（違法な）行爲意思のみが刑法上重要な意味において有責たりうるのである。從つて（違法な）行爲意思は有責性に〝屬〟する。それは責任吟味の際にその非難可能性を問われる。（行爲意思の顯現としての）構成要件的故意も從つて特に責任に〝屬〟する。それ故に因果的行爲論と目的的行爲論との間の論爭は故意が責任にも（それの可能な擔い手として）屬するのかどうかという點にあるのではなく（故意が責任にも屬するという點についてはもはや爭わない）して、故意が責任にのみ屬するかどうかの點と、始めて責任に屬するかどうかの點の差異にすぎない。

VI

第一に我々が責任の段階的性質を度外視するならば、正に引用した諸命題はすでにウェルツェルの責任論の根本的な新方向を意味するように思われる。實際にはしかし、すでに上に指摘した多義性は從來より本質的に、より强く作用していたはずである。第一に故意は客體の非難可能性としての責任について問題となり、第二に〝責任判斷〟を擔う資格の總括としての責任について問題となる。この第二の意味においても我々は責任を非難可能性として特徵づけることができるのであつて、そこでは更に種々異つたものを考えることができるのである。卽ち犯罪という不法を、實際に惹起された法益侵害の中に認める客觀的體系においては、この（結果の）不法の非難可能性として特色づけ、主觀的（意思刑法的）體系においては行爲がそれに起因するところの心理學的事實關係の非難可能性として

特徴づけることができる。しかしこれらの意味においては〝非難可能性〟と〝責任判斷の基礎〟とを區別する必要はない。ウェルツェルの非難可能性の概念はそれとは異つて、非難可能性の客體とこの客體の非難可能性とを嚴密に區別する。かく解するならば、非難可能性とは單に行爲者とその決意との間の關係ということになる。その關係は決して單に形式的にのみ見られてはならない。それは行爲者と行爲價値との間により密接な、又はよりルーズな結合をつくることができ、それらが共に、決意を多かれ少なかれ非難可能ならしめ、又は非難可能性に（そしてそれ故に非難にも）特色を與える心情要素に影響を與えるのである。しかし乍ら非難は單に非難可能性からだけではなく、非難されたものによつても亦種類（方法）と重さがきまる。そしてそのようなものを加えて非難せられたものの性質と〝非難可能性〟という關係の性質がすでにそれ以前においてではなく（即ち違法の段階においてではなく）非難においてはじめて集まるのである。〝非難を基礎づける事實關係〟と〝非難可能な事實關係〟とは幾分ちがつたものである。

ウェルツェルはこの事を嚴密には區別しなかつた。かくして一方で、責任は違法な行爲意思の非難可能性の中に存し、故意は非難可能性の客體である。目的的行爲論は、ドーナに於て歸屬場所のなくなつた故意に對して主觀的構成要件の中にその實質的に正しい場所

を割り當てるのだと云つている。即ち明らかに、非難可能性の本質的な要素は責任能力のある行爲者が違法な行爲意思の代り、適法な行爲意思を形成し得た筈であるということの爲に要求されるすべての諸要素である、と述べられている。この論述によれば故意はここでは責任を意味するところの非難可能性に〝屬〟さないことは明らかである。從つて非難可能性の要素も從來同樣分類される。他方ウェルツェルは次のように述べている。即ち責任とは行爲者について彼が違法な行爲をやめ得たにも拘らずこれをやめなかつたことを人的に非難することだと。この點が從來の版に對して重要である。責任とは事情上適法な行爲を爲すべきであつた行爲者が、違法行爲によつて法的共同體に責めを負うということである。責任は法の要請が重大である程より大きく、それが少い程より少くてあり得、又行爲者がそれに遵うことがやさしい程責任は重く、遵うことが困難な程責任は輕くなり得る。ここでは疑いもなく責任の下に責任非難を根據づける諸事情の總體が含まれている。かくて行爲意思、そしてとくに故意は責任非難の擔い手としても責任に算え入れられるにいたり、それによつてその都度引用された責任概念の明らかな對立はなくなり、理解は困難になる。

この方法に原則的に存在する分裂は、〝非難可能性の要素としての構成要件實現の認識乃至認識の可能性〟に關する部分に現われる。

それ故に標題にとり出された要素は、テキストの中で故意に關しては全く扱われていない。ウェルツェルは今やもつぱら故意はその非難可能性に基づいて問題とされるということを述べている。それには詳細にわたつては本質的なものは何ら述べられていない。しかし、この公式は單にその點で嚴密でないばかりか――この公式は少くとも〝責任は違法な意思活動（故意）の非難可能性である〟とする章節によつて――期待可能性を含めての全體としての責任の問題にあてはまる。人はウェルツェルがこの部分で又しても、標題を變えないで依然として構成要件の認識のみを把えようとしていると解するであろう。だが構成要件の認識の〝二重機能〟という表現は新版では消えたから、故意の場合には客觀的構成要件、非難可能性の場合にはこれに反して主觀的構成要件が考えられなければならないという私の批判は、もはや手がかりがなくなつてしまつた。

（この部分については多少の補足を必要とするようである。私共が新舊重複する部分として割愛した中に、ウェルツェルが五版で構成要件の實現の認識という點では制限的故意と認識ある故意との間に區別はないと强調し乍ら、故意の場合は構成要件の認識が行爲決意にとつても非難可能性にとつても獨立の要素であるから二重機能をもつとし、これに反して認識ある過失の場合、行爲意思は表象された構成要件の實現に至らないのであるから、構成要件の認識は非難可能性についてのみ考慮されると說いているのに對して、ノヴァコフスキーは構成要件認識の〝二重機能〟を認めることを疑問とし、結局制限的故意と認識ある過失の間には構成要件の認識の點で差異があるのではなく、認識された構成要件に差異があると批判していたのが、〝二重機能〟に關するウェルツェルの理論に變更があつたために舊批判はもはや妥當しなくなつたという意味である。）

今、故意がその非難可能性のみを問われる時、この問題は確かにそのようなものとしての意思活動にも、又結果の表象に對する情緒的な態度にも關連しなければならない。かくしてこの批判は克服されたように思われる。

認識ある過失の場合には、ウェルツェルが、行爲者は可能な結果を豫見したが、その不發生を希望して決心した場合にその非難可能性に基づいて行爲決意が問題とされるということを目ざしているのは首尾一貫している。ここでウェルツェルはしかし乍ら、責任非難ということを、個々の行爲者が結果發生の可能性を豫見したということを理由として認めている。この公式化の多樣性についての理由づけは明らかでない。それ故認識ある過失に關しては第五版について爲されたすべての所見がなお有効である。

Ⅶ

次に責任の段階的性質についてなお一言しなければならない。ウ

ェルツェルは新版で適切にも責任の量は行爲者の構成要件の實現に關係のある意思活動にのみ依存するものではなく、むしろ具體的時點に具體的な決意を喚起した外部的及び內部的全體事情にかかるものであることを强調している。この事はフランク以來周知のことである。そのことは〝心理學的〟責任論の超克と〝規範的〟責任論の發展のための出發點であつた。ウェルツェルはしかしこの歷史的、實質的に規定された關係において問題を提出したのではない。ウェルツェルはこの問題をこれまでは看過されてきたのだと一見思わしめるような彼一流のやり方で問題をとらえる。そしてこの〝看過したこと〟は直ちに又〝因果的行爲論〟の缺點だという烙印を押す。卽ち、いう、因果的行爲論は責任基準の範圍と程度を誤解している。因果的行爲論にとつては犯罪構成の理論的責任槪念と量刑の責任槪念との間にはギャップがある。目的的行爲論が始めて責任の本質としての非難可能性を實際に（眞劍に）取扱い、又目的的行爲論が始めて行爲決意に重要なすべての內部的及び外部的諸事情をその非難可能性に基づいて問題にしたのである、と。

こういつた展開方法は、現在行われている學問上のディスカッションのやり方の特徵をよくあらわしている。期待可能性はしばしば單に責任阻却事由としてのみ認められ、一般的な標準原則としては認められなかつたとするウェルツェルの主張には同意してもいい。

しかしフランク自身はこの誤りに陷らず、責任の外延及び期待可能性についての詳細な研究をした。責任の量が刑の量定のため本質的であるという考慮のために責任論が立脚點を提供しなければならないということはすでにずつと以前から明らかにされていた。勿論それはすべて目的的行爲論の範圍內にはなかつたのだ。目的的行爲論自身はこの問題についてこれまでは全く注意を拂わなかつたのである。しかし今、ウェルツェルは、彼の敎科書の六版の中でこの問題をとりあげた。そして今それは直ちに〝因果的〟行爲論否定のための基準となり爾後の批判に供される。あたかも因果的行爲論は故意及び過失とならんでなおその他の責任要素を知らず、又その責任要素の段階性を役に立て得なかつたかのような口調で批判をするのである。たとえ自然主義的行爲論がこのことをまつさきにしなかつたとしても——これは決して一般的には適切ではない——しかもその理論とてこれについての可能性はもつている。當該問題は一つの體系と他の體系の何れの體系がより多く有用であるかの試金石としては完全に不適當である。

實際に責任の段階性をとらえるというウェルツェルの最初の試みも決して餘すところなく成功しているのではない。すでに〝非難可能性の要素としての構成要件實現の認識ないし認識の可能性〟という標題の下に、法律上の構成要件によつては規定せられていない行

爲の主觀的諸事情も亦論ぜられていることは、この體系がここでもなお十分熟してはいないことを示している。〝法遵守の期待可能性〟と構成要件實現の認識の下に分類された諸事情との關係は依然として檢討されないままになつている。かくして事態はここでもより一層の完成を必要とすることが明らかである。より一層完成させるためには、實體に卽した方法で、傳統的な體系において模範を示された構成と廣汎に一致しなければならない。

獨立の標準として、まず第一に、すでに構成要件該當の不法の程度を決定するすべての事情が共にあらわれる。卽ち、例えば切迫した法益侵害の方法、大きさ、蓋然性、あるいは豫期せられるべき行爲の、積極的な價値ある結果及びその蓋然性。これらの結果反價値に固有なマスファクターは、ただ行爲者によつて認識せられ又は認識せられ得たように責任について考慮せられるにすぎないのである。更にはしかし、これまでこの結果に對する心理的な關係の方法（惡意、目的性、單なる情緒的な態度）も亦責任に屬するとされていた。卽ち傳統的な體系においては、すべてこれらのファクターが等しく責任要素としての故意又は過失の重要さを決定したのである。目的的行爲論の體系においては、すべてのこれ等のファクターはまず第一に行爲反價値の重要さを決定するのである。それらはウェルツェルの意味での非難可能性の客體を性質づける。我々が責任を、この客體の非難可能性と解するならば、それは確かに〝責任非難〟の重さに影響を及ぼしはするが、それは責任を決定する非難可能性の關係には影響を及ぼしはしない。これに反して、我々が、責任非難を擔う事實關係として責任を理解するならば、故意と過失の反價値性は基準として二重に、卽ちまず行爲反價値の基準として、次いで責任の基準として、二重に評價されるのである。そして、責任問題は結局、必然的に〝責任非難〟を目ざすのであるから、すべての場合に結局は責任の純然たる段階的要素が重要である。

問題になるその他の基準は不法において豫じめ明示されるのではない。それらは目的的行爲論の理論に傳統的な理論とは異つた問題を提出するのではない。それらは實質的には期待可能性に關して考慮される。場合によつては過失者の責任を全く阻却することのできる疲勞が比較的少い程度であつた場合には、彼の責任は減輕され、不可抗力の場合には責任を阻却する强制狀態は、まさに不可抗力ではないが抵抗し難い力の場合には責任が減少される。ここではどれについてもメッガーがすでに教科書に述べている〝限界價値決定の法則〟が妥當する。

更に他の基準は、通常の責任體系は勿論考えてもいない固有の所在場所を必要とする。それは行爲決意の人格相當性若しくは動機の原子價、從つてそれによつて特徵づけられた人格の原子價に關する。

我々はこの觀點――しばしば亦個々の犯罪類型のメルクマールを目ざすのだが――をおよそ〝性格學的〟責任要素と呼ばれうる固有の〝責任要素〟の中で總括することができる。責任能力も亦基準の働きをすることはこれ以上詳論する迄もない。

要するにここで極く簡單な指摘をすれば充分である。即ち問題が實際にいかに色々に姿を變えるかということがこれである。具體的な時點に具體的決意を喚起した外部的及內部的全事情を、非難可能性の要素として、構成要件實現の認識を扱つている章へ組み入れる事によつては問題はまだ十分解明されはしない。傳統的な體系はここで何と云つてもすでに重要な點で一歩先んじている。ここでも、傳統的な體系には、ウェルツェルが與えた鋭い批判は當らないのである。ウェルツェルが傳統的な體系は理論的な責任概念を構成要件的故意に限定していると非難していることは直ちに正しいとは云えない。傳統的な體系はとうに一群の〝責任要素〟を發展させ、それが構成要件的故意の外にある基準づけをして解明と分類とを可能にするのである。そして因果的行爲論が故意は責任の構成部分である、ということにとどまる時でさえも、それは規範的責任概念を眞劍に考えているのである。

K

殘る問題は認識なき過失である。目的的行爲論にとつて認識なき過失の問題は、實のところ解決され得ないであろう。確かに存在論的に判斷するならば、行爲は、ここでも目的的である。が、しかし、目的性はこの場合何ら法的に重要であることには及ばないのである。行爲者の表象も、意欲も、反價値判斷を基礎づける結果、危險、敢行を包括しはしない。行爲方法及びそれの實行をめざしたとしてもその點に別段の變りがないということはすでに述べた。認識なき過失は、その目的性の點ではなく、その有意性の點で法にとつて問題となるのである。

だが、認識なき過失の場合にも〝行爲反價値〟が摘示される。その行爲反價値は、（正當化されない）法益侵害の可能性を暗示する事情の下で行爲が決意されたという點にある。法は、現存の指示に基づいて法益侵害の可能性が認識せられ、それ故に決意が中止されることを要求するが故に、決意を否認するのである。

認識なき過失においても、行爲反價値は禁止違反の中にあり、命令違反の中にはない。ここでも行爲決意は、決心された行爲と結びついている危險の故に中止せらるべきであつたはずである。過失者に對する否定的判斷はここでは勿論彼が危險を引き受けたということにあるのではなく、すでに、彼が法益侵害の可能性を暗示する事情があつたにも拘わらず、危險を認識しなかつたという點に存す

る。ここでは構成要件實現の認識の代りに構成要件實現の認識可能性が登場する。行爲が、それに附着する危險の故に中止されるべきだということは、結果反價値についてのみ直接の意味をもつにすぎない。行爲の內面においては認識可能性という媒體を通じて始めてそれが有効となる。認識の可能なものが、行爲を禁止に違反するものとする許されざる危險であつたが故に、それは認識されるべきであつたのである。それと同時に〝注意義務〟が關係して來る。注意義務は、意圖せられた行爲を禁ぜしめる事情を顧慮することに向けられる。〝認識できること（Erkennenkönnen）〟は實は〝認識すべきこと（Erkennensollen）〟である。〝主觀的注意義務〟は〝認識可能性〟の中に入りこんでいる。その場合法益侵害の可能性の認識にどの程度の注意が向けられるべきかが問題である。だがこの答は、認識なき過失の存在についての問題一般及び注意義務の充足が個々の事件の特殊な事情の下で期待可能であつたかどうかの問題が殆んど解決し得ない狀態で相互に錯綜しているが故に、體系的に特に困難である。

目的的行爲論の違法論にとつては、この問題は價値違反的行爲決意の非難可能性にとつて決定的な事情から行爲反價値を區別する問題と結合している。ウェルツェルは、不法構成要件のためには、注意力ある人間に對し、結果の一般的豫見可能性を、責任のためには行爲者に對し、個別的な豫見可能性を要求している。これは首尾一貫している。勿論單に洞察能力だけが問題なのではない。認識可能性は規範的に決定されるのであるから、從つて又それは平均像（Durchschnittsmenschen）による法的に妥當な注意義務の遵守ということを目ざさなければならないであろう。

（この注意義務はウェルツェルによつて構成要件論の中でも違法論の中でも扱われていない。彼は常にただ〝客觀的注意〟について論ずるだけである。）

それは、法の要請に應ずる程洞察能力があり、又法の要請に應ずる程主觀的注意義務の充足を念頭において考えられなければならない。このような〝標準的な（maßgerecht）〟人によつて許されざる危險を伴うものと認識せられ、それ故に思い止まるべき決意は、〝行爲反價値〟に關して考えられたような意味における反價値を意味するものである。

この決意が非難せられうるかどうかは、行爲者の人格的、肉體的—精神的資質、行爲者の洞察力による。

（過失の中に責任要素を認める通說においては一般的洞察能力の問題が社會相當性〝許された危險〟に關してのみ意味をもつのであつて、過失の問題に關しては意味をもたない。責任問題にとつて平均像は從つて始めから行爲者の肉體的及び精神的能力を備えたものとして考えられるべきである。）

ここでも心理學的、事實的ファクターと並んで規範的ファクターが關係してくる。ウェルツェルと同樣に、責任を個人的に可能であつたことの無視と理解するならば、個人的に豫見可能であつたにもかかわらず認識なく過失を犯した者に對しても法の價値要請に對する人格的態度並びにこの態度へと導いた諸事由を考慮しなければならないであろう。ウェルツェルも、注意の缺如を、危險に對して不本意に爲された態度決定（willensmäßig unzulänglich erworbene Einstellung auf Gefahren）と言いかえている。これと反對に責任を道德的な能力とは無關係に個々人に課せられた〝當爲〟に對する違反と理解するならば、その限りでは行爲反價値の範圍での〝注意義務〟に關すると同じ〝客觀的〟普遍的に妥當する程度が考えられなければならない（だがここではその問題はこれ以上追及すべきではない）。

殘るのは行爲反價値と期待可能性との區別の問題である。ウェルツェルは個別的な事件の具體的な狀態が危險、法益侵害の可能性及びそれの反價値に關する限り、これを行爲反價値の中で考慮し、行爲狀況のその他の（人的）諸事情（例えば疲勞）のすべてを期待可能性で考慮している。これも納得できる。これは通說における〝心理學的責任要素〟と〝規範的責任要素〟の間の分配に相應する。〝行爲反價値〟を不法に入れる違法論は從つて認識なき過失においても何ら困難を生じない。

勿論、認識なき過失では〝現實〟の、リアルに存在する目的性は法的に重要でない。だが、このことは法的評價を目的的行爲の存在論的構造で貫徹することが出來るとする者を悲しませるだけである。存在論的・目的的行爲論的觀點に身賣りしなくとも、現實の意思活動を〝行爲反價値〟及び違法性の基礎にすることは出來る。ウェルツェルの不法論と責任論はその行爲論から獨立しても存在しうる。刑法理論に固有な、規範的に構成された領域で新しい可能性を示したことがウェルツェルの根本的功績である。

X

ウェルツェルが過失論で最大のウェイトを置いた點、即ち客觀的注意義務なる概念を本研究がこれ迄扱わなかつたのは奇異の感を與えたかも知れない。彼はくり返し、過失とは日常生活に於て必要な注意、客觀的に命ぜられた注意の侵害である、と强調している。そして客觀的注意義務を、法益侵害を回避するため社會生活に於て命ぜられた程度の目的的操縱の遵守、又は法益の危險化を社會的に相當な限度に止めることといいかえている。法は、〝構成要件に該當する法益侵害の發生につき客觀的に認識しうる危險を招來する〟すべての行爲を禁ずることは出來ない。即ち日常生活上必要な、（命ぜ

られた）注意の侵害のみが過失である、と。

かくて本質的要素がとり出された。だがこれは餘りにも一面的に強調されている。これによつて過失が餘りに〝客觀化され〟た。認識なき過失に於て、構成要件に該當する法益侵害の可能性を注意することに向けられる主觀的注意義務が視界に入らず、更には認識ある過失者が、可能と認めた反價値を意味する結果の不發生を信じ、從つて行爲に決意したということによつて侵害した他の主觀的注意義務も考慮されない。この〝注意義務〟は行爲反價値にとつても、又責任にとつても重要である。このことはすでに詳細に論じた。ウェルツェルの表現では少くとも完全には説明されていない。

だからといつて、ウェルツェルの〝客觀的注意〟の侵害が本質的でないというわけではない。これは、行爲反價値及び主觀的構成要件と關係せず、結果反價値に關するものである。從つてこの必要性への洞察が通説により久しく解明されてきた。すべての法益侵害が違法ではなく、特に過失犯では多くの行爲は、それと結合した危險にも拘らず、適法であるということはとうに知られている。通説ではこの違法性の問題は責任の問題に先行する。すでに一九一〇年にエクスナーが認め、以來、いろいろ確證された。

（ウェルツェルはこの不法の認識の問題は目的的行爲論以前は萌芽が認められるにすぎない Das neue Bild S. 32 といつているが、すでに昔から完全に理解されていたといえる。）

通説によれば、有意行爲によつて生じたあらゆる法益侵害は違法にならざるをえない。因果的行爲論によれば、過失犯は二つの部分、即ち有意行爲によつて惹起された法益侵害と責任要素としての過失から成るにすぎない。目的的行爲論がはじめて、日常生活上命ぜられた注意の侵害を違法要素としてとりあげたのだ、とウェルツェルが揚言しているのは驚くべき話である。この〝客觀的〟注意が結果反價値を限界づけるということは、目的的行爲論と關係なく純粋な〝因果的〟行爲論、因果的不法概念にもいえることであり、事實これ迄久しくなされてきた。これは單に過失犯のみでなく、故意犯にもいえる。

ウェルツェルが客觀的注意として過失犯についてとり出したものは、故意犯についても考察される。被相續人の叔父が飛行機事故で死ぬだろうと希望して、彼に切符を贈つた甥は社會相當性の範圍内で行爲したものであり、たとえ現實に叔父が墜落で死んでも違法性がないから可罰性がない。甥の目的的に支配しえなかつた經過をへて、結果が生じたということは、處罰の適用を排除する觀點であつて、社會相當性を揚棄するものではない。客觀的注意義務は實質的には、故意犯に於ても、正當化の事由としての社會相當性及び許された危險とは異るものではない。

このことから、過失犯の構成要件についてウェルツェルがなした主張が疑わしくなる。彼は〝閉ざされた〟構成要件と〝開かれた〟構成要件を區別しているが、これは〝禁止の素材〟が構成要件の中で全面的かつすべて事物對象的メルクマールで規定されつくし、禁止の構成要件的具體化が法規の中に完全に實現されているかどうかという點、或はこうではなくて行爲の法的な反價値につき獨立の、裁判官による判斷を必要とする違法性のメルクマールがとりあげらるべきかどうかという點により區別される。後者では違法性は構成要件の規定のみでは徵表されず、特殊な違法性のメルクマールの指摘によつてはじめて積極的に探究されねばならないということになる。ウェルツェルは過失犯を命令侵害とし、客觀的注意義務の懈怠と解する——この義務は社會的相當行爲の多樣な現象に依據し構成要件中に對象的には規定されていない——から、ウェルツェルが過失犯の構成要件を常に〝開かれている〟とするのは首尾一貫している。これに對して過失による作爲犯が故意のそれと同樣禁止違反として現わされるということから出發すれば、構成要件は故意、過失いずれでも等しく〝閉ざされて〟いる。社會相當性と許された危險は故意犯で、客觀的注意の保持は過失犯で、實質的には同じ意味をもつ正當化事由であり、これは構成要件中に實質對象的に規定されている禁止の素材との關係でこういえる。

ウェルツェルは因果的行爲論が客觀的注意の意義を正しく評價しえないと非難しているが、全く當らない。意思內容が（自己の活動を含めて）行爲手段を豫じめ選擇し、現實の出來事を方向づける行爲のみが法的に命ぜられた行爲と比較されうるのであり、これに對して、若し、意思活動と身體運動（行爲運鎖の分節）との間の結合が專ら盲目的な因果性の結合であるなら、つまり、その結合が〝有意行爲〟を意味するにすぎない身體運動を開始するのみであつて、制御や指導をしないならば、過失行爲の思想は貫徹しえないであろうとして、通說は過失をそもそも把握しえないのだという第二の非難も當らない。右の非難は、通說、特にメッガーの說明を殆んど理解しえないまでに間違つた色づけをしている。存在論的にみれば、目的性が人間行爲の本質的メルクマールであるという點に爭いはない。この洞察は〝有意性〟の摘示の根本にある。有意性はその具體的內容を抽象化した目的性である。一定の、意欲された結果との關係が目的性にとつて本質的である。この關係がないと、有意性が殘る。〝有意行爲〟は身體運動を起すことさえしないのである。このようなことは因果的行爲概念の主張者も論じない。有意性を指摘することで言えるのは、行爲が意思によつて指導され、制御されるということである。この指導の目的認識は度外視されている。これも、さし當つてそういえるのであつて、後になつて責任の個所で、それ

が法的に重要な限り、とりあげられるのである。このように分類したところで、ウェルツェルの表現をかりれば、〝目的的行爲論が行爲概念と結果反價値の中で定立した諸要素の如何なるものも失われはしない。〟通說は〝過失行爲〟の思想を貫徹するために必要なすべてのものを用意している。しかも、現實的事態のもつ法的に重要な目的性の說明を目的的行爲論に義務づける圓の求積法を通說はしないですむのである。

Ⅵ

如何なる事態要素が不法に屬し、如何なるものが責任に割り當てらるべきかという問題の意義は過重評價されるべきでない。全體としての犯罪に適合する實質的不法內容はいろいろと分類せられうる。通常それは不法と責任とに分けられる。この部分反價値は內容的に異つて決定され、從つて相互に異つて限界づけられる。このようにして可能な違法概念、責任概念のいずれもが意味をもちえ、すべての體系は、全體的反價値を完全に把握し、概念的に明らかにするに適しうる。從つて多くの體系が併存しうる。故に、正しいか間違つているかではなくて、適しているかいないかということが重要なのである。このように考えれば、多樣な意見がありうる。從つてまず、何を狙つているか、如何なる關係が第一に關心をよぶかが問題なのである。

ウェルツェルがその行爲論、その體系に選んだ存在論的手がかりは意義あるものである。その問題性はここでは論じない。〝實體論理的構造〟の援用はシュトラーテンウェルトによつて明らかにされた。事物の本性はまずはじめに下される價値判斷から推論される。かくして規範的なものの優位ということになる。だが、たとえ基本的な價値主張に於て一致がみられても、〝有用價値〟の體系は多樣に分類されうる。しかし法にとつては個々の問題が判斷されるべき唯一の價値というものはない。大ていは多くの觀點が對立している。それ故にこそ、矛盾する價値要求を〝事物に卽して〟結合することが問題である。これについては、標語的に、正義、法的安定性、實用性という諸點を指摘することで充分である。〝實體論理的構造〟を援用してもこれでもつて一定の體系が他の體系を排斥する要求權を有するものではない。

刑法學の根本問題についての現代の論議については、一つの解決のみでなく、數個の解決が主張しうるものであり、科學的に正確なものと認められうるのだという可能性を意識することが必要である。そうなれば、根本的なものでも、個別問題でも相互に正しく評價することは、より簡單となるはずである。

XII

終りにのぞんで、著者ノヴァコフスキーは、論爭をする場合の態度についてウェルツェルに次の如く希望を提出して稿をとじる。

今日の理論的な對決は相互に理解し合い、反對意見の場合にも肯定を見出すための眞面目な努力によつて支えられていてほしいということである。

目的的行爲論は今日もはや無視せられ得ない。しかしそれにも拘らず目的的行爲論が唯一の可能な刑法の體系ではないといわねばならない。そして人はあくまでも實體關係を明瞭にし、明らかに解明された概念をもつてもつとも確實な研究を可能にするためには目的的行爲論とはちがつた體系が適しているという意見もとりうる。その場合にも我々は、目的的行爲論の主張者達がかち得たものから多くのものを借用することができる。我々は從つて〝實務上の諸理由〟で滿足してはならないし、又ウェルツェルが考えたように〝理論的に推論すること〟を斷念してはならない。目的的行爲論の觀點は理論的に眞劍に考えられ得る唯一の觀點ではなく、又實體の解明は一般に體系の爭いとはしばしば無關係である。