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

Title	ラートブルフの刑法論(一)
Sub Title	Gustav Radbruchs strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Lehren
Author	宮沢, 浩一(Miyazawa, Koichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1968
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.41, No.8 (1968. 8) ,p.1- 33
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19680815-0001

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.

ラートブルフの刑法論（一）

宮沢浩一

はじめに
ラートブルフの刑法理論
一　概　説
二　「行為概念論文」の成立事情
三　「行為概念論文」の意義と限界
四　過失論を中心にした責任論
五　「類型」の理論について
ラートブルフの刑事政策論（以下次号）
ラートブルフの刑法論の現代的意味
——むすびに代えて——
ラートブルフの論著年表

謹しんで、小稿を田中次郎先生の在天の霊に捧げる。先生は、そのドイツ語についての該博な御知識のみならず、実存哲学についての御研究成果、そして学ぶ道の厳しさ、学生を指導する際の教師の在るべき姿、人間の生き方等、数限りない点について、私達後進に対し、いつに

変らぬ御指導の数々を残された。

先生は、五年近くを過されたハイデルベルク大学留学の思い出を語られるうちに、故グスタフ・ラートブルフ教授の思想とそれを支えていた豊かな人間性についても、私に御教示下さつた。先生の御話により、ラートブルフは、私にとつて、未知の人という感じはなくなり、その学問に、知らず知らず、感情移入していつた。

ラートブルフの思索のあとをたどるという仕事は、私にとつて、いわば、田中先生から親しく与えられた課題といつてよい。先生が、静かに世を去られた日、昭和四三年四月二七日、私は、法哲学会で初めての報告をするべく、此のラートブルフの刑法論に関する小論をまとめている真最中であつた。誰よりもまず、御覧に入れだかつた方は、今や、私の胸の中にしかない。親しく御指摘を受ける日は永遠に去つた。私淑していた師に去られるということは、身を切られるよりもつらいことである。

低いよい御声で、「君の研究も、まだこれからだね」というひと言を、私は過去の何回となく聞いた先生の御声から思い出す。学問的に信頼している先生からのこのいつもくりかえされた御批評が、その度ごとに心の糧となつて、次の仕事にとりかかつていた自分を懐しく思い出す。そして、「若し、田中先生が居られたら」という仮定をして、自戒をするという私の初めての体験を、心からさびしく思う。

「学問的に信頼していない人の批判は、批評された人の気持を傷つけるね。しかし、よい批評をされて傷つくのは、傷ついた人の責任だな」とは、先生の遺された幾多の名言の一つである。先生を失なつた今、心の傷つかない批評者をさがすのに、苦労する。信頼するに足る人は、先生程、直截に批評するかどうかの保証はなく、批評をすぐする傾向のある人には、全く学問的な信頼を持てそうもないから。

余りにも早く、足ばやに、私達の前から立ち去られた先生を惜しむ気持は、一日ごとにつのるばかりであるが、でも、心の片隅では、余韻を残して去るという、先生らしい立居振舞の美しさ、男らしさを感嘆しないではいられない。

心から、御冥福を御祈り申し上げる。

はじめに

一九一九年（大正八年）、森口繁治氏の論稿にはじまる我が国のラートブルフ研究は、半世紀にわたる歴史の中で、大小実に一一〇点近くを数え、その法哲学的著作のめぼしい作品を網羅し、刑法の分野の著作についても、一五点ほどの論稿が公表されている。[1] その刑法の分野に関する研究は、主として、牧野・木村・滝川の三先生の手で、推進された。

ラートブルフの法哲学に関する業績が、その全容について、ほぼ解明されたといつてよいのに対して、[2] その刑法論につい

ては、遺憾ながら、まだ全体的な見通しは立つていない。[3] それは、何といつても、ラートブルフが刑法体系についてまとまつた作品を残さなかつたことによる。エベルハルト・シュミットは、体系書に代わつて残されたものとして一九二二年刑法草案をあげ、その意義を強調しているが、[4] しかし、周知のように、この草案には、故意・過失に関する詳細な概念規定が欠けている。いわゆる刑法理論学の興味からすれば、この草案をもつてラートブルフの刑法理論に代るもの、刑法理論の集大成と言うのをはばかる。

ラートブルフの刑法論の研究が、完全な形で行なわれていない理由の他のものとして、我が国の研究状況の問題性を指摘することも出来る。ラートブルフの刑法論の研究も、事柄の当然の成りゆきとして、わが国における刑法学界の関心方向、学者の興味の持ち方、学説継受の在り方によつて左右された。いわゆる新派刑法学が強力に主張された頃には、ラートブルフは、v・リストの門下として、その教育刑論の推進者として、短期自由刑の問題性を指摘する論者としての面がとりあげられ、学問・思想に自由主義的傾向が求められる気運の強まつたときは、その確信犯論が大いに注目を集めた。ラートブルフは、どの時代にも、ラートブルフであり、その作品は、発表された日から、あらゆる人々の批判の対象として提供されていたのに、わが国では、ラートブルフの刑法理論の消化に、かなり時間をかけた例がある。一九〇四年に公刊され、その論文の意義は、すでにその当時から問題となつていたのに、若いラートブルフの分析力のさえを見せている「行為概念」についてのモノグラフィーは、第二次大戦後に、目的的行為論の紹介とともに、目的的行為論者の批判の対象として登場し、その批判者の目を通して、思想史的意義の検討が加えられたことだつた。[5] 作品が発表されてしばらくたつて、再評価されることは、必ずしも稀有なことではないが、それにしても、ラートブルフの「行為概念」の研究に対する評価には、正常なものを感じない。しかし、この事情には、ラートブルフ自身にも、若干の問題がないわけではない。彼自身が、その初期の研究成果である「行為」についての見解を、発表後、しばらくして放棄しており、その後の研究態度は、初期の議論を継続して

発展せしめるというよりは、刑法研究の一般的趨勢を分析し、かつ見極めて、その思想的背景を明らかにし、思想史的な位置づけをするという仕事に没頭した。

その問題関心の中心は、師v・リストの刑法思想のライトモティーフの一つである刑法改正の方向を明示するということにあつた。ドイツ刑法学の進路、刑法改正の向かうべき方向、その在るべき姿、そのための道標の設置という仕事に、ラートブルフの努力は傾けられた。刑法理論家として、このような迂遠な道を選んだ理由は何であつたか。

そこには、ワイマール共和制の危機に対処しようとしたラートブルフを考えないわけにはゆかない。ドイツ刑法学の当時の姿が、ラートブルフにとつて、極めて危険な方向をとりはじめているという危機感が、彼をして刑法及び刑法学の在り方に対して、その基本的な問題との関連を指摘させ、それによつて現状の在り方を鋭く批判させたことと思う。ラートブルフは、一貫して社会民主主義を信奉した学徒であつた。彼の信念が、このような刑法及び刑法学の思想史的背景の究明に当たらせたと解釈することも出来る。民主主義を理論づけたその相対主義的な物の考え方が、あらゆる学説を平等の意義をもつ価値努力と解し、錯綜する刑法学説のうちの一つによつて一面的に割り切ることを回避し、それぞれの説の意義と限界を明らかにするという自己抑制の姿勢をとつたとも解せられる。しかし、一九二二年のラテナウ暗殺事件、一九二三年以降、抬頭してきたナチスの一揆、左右の暴力的抗争など、ワイマール共和制を崩壊せしめる危機が高まり、そして一九三〇年になると、若い刑法学者の間にナチズムに走る者が輩出し、やがてナチス刑法理論を公然と提唱し出すと、年輩の刑法学者の間にも、時流に迎合してこれらの若いナチス刑法学者を擁護する態度に出る者が増え、こうした雰囲気を反映して、刑法改正の方向が、およそ「改正」の名に価しないものになり下がつていつたというドイツの特殊な政治的情況を充分に考慮する必要があると考える。社会民主党員であつたラートブルフをして、政治観・政党観と刑法学説との関係を分析せしめたことのみならず、社会主義者でありながら、自由主義刑法観の意義を強くうつたえなければならなかつたという当時の状況につい

て、理解する必要もある。

ラートブルフの刑法論には、研究すべき問題がまだ山積しているといつてよい。(6)

ラートブルフの刑法論のうち、v・リストの「社会的法治国家」の考え方から、特に、「社会的刑法」の面を、特にとりあげ、これを深く検討したという点を再評価すべきである。これまで、わが国の研究が、v・リストの社会的刑法の面について比較的等閑視していたことが、ラートブルフのこの面に対する認識の浅さに連なつていたといえよう。同じくv・リストの弟子としてその体系書の改訂に当つたE・シュミットは、「法治国家」の主張、つまり、実定法によつて守られるべき秩序とその批判に限定し、法実証主義的な態度でv・リストの体系書を刑法学の発展に沿つて書き改めたのであり、その「社会的刑法」を「社会的行為論」(7)という形で承継した。(8)

犯罪現象を生まの現実としてとらえ、社会制度の所産と考える、いわゆる「実証主義」の考え方は、むしろ、ラートブルフの所説の中に色濃く出ているのであつて、v・リストの「近代性」は、ラートブルフ自身、実証科学的な成果をうみ出したものでないにせよ、その基本的考え方の中に定着していたといつてよい。

また、その法哲学の著書・論文や社会主義の理論づけを試みる論著において、刑法理論学（特に行為論）、刑事政策論に関する珠玉のような断章を見出しうる。それらの発表年度と、刑法論プロパーに関するその論著の発表年度とを比較し、ラートブルフの刑法的思惟の全体における位置づけ、はたして改説なのか理論的発展なのかを詳細に検討するといつた仕事を、今後、企てなければなるまい。

非常に多面的なラートブルフ刑法論の全貌を示すことは、簡単な仕事ではない。本稿は、やがて、ラートブルフ研究を集大成することを他日の宿題として留保しつつ、これまでに分かつた点を一応整理し、資料を明示するということに限定する。(9)

そして、以下、説明の便宜のために、刑法理論学と刑事政策論に大別して、若干の考察を試みる。

（1）　わが国のラートブルフ研究には、私の知る限りで、次のごとき論著がある（年代順）。

森口繁治・ラートブルッフの法理学の本質　法学論叢第一巻一号、二号　一九一九年
会田範次・ラートブルフ法律哲学概説　弁護士協会録事第二五巻八号、九号、一〇号、一一号　一九二一年、第二六巻一号　一九二二年
木村亀二・ラートブルッフの相対的法律価値論　国家学会雑誌第三六巻一二号　一九二二年、第三七巻一号　一九二三年
島田武夫・法律哲学概論　一九二三年
常盤敏太・ドイツ国少年裁判所法　司法資料第三一号　一九二三年
木村亀二・法律学的方法二元論　国家学会雑誌第三八巻一号　一九二四年
森本富士雄・社会主義文化論　弁護士協会録事第二八巻三号、四号　一九二四年
岡松成太郎・ラートブルッフの法理学上の相対主義に対する私見　国家学会雑誌第四一巻七号　一九二七年
小野清一郎・人格か文化か（ラートブルッフ）　法理学と文化の概念　一九二八年
橋本文雄（抄訳）・個人法から社会法へ　法学志林第三二巻一二号　一九三〇年
木村亀二・法の社会的機能について（Klassenrecht und Rechtsidee）　法学志林第三三巻四号　一九三一年
久野勝・ラートブルッフにおける民主々義の防衛　法律論叢第二五巻二号　一九三一年
木村亀二・法における人間　法学志林第三三巻四号　一九三一年
常盤敏太・教育刑の回顧と展望　刑政第四四巻一号、二号、三号　一九三一年
田中耕太郎・ラートブルッフ著法律哲学第三版　法学協会雑誌第五〇巻八号　一九三二年
小橋寿夫・ラートブルッフの民事訴訟主義概説　法律新聞三三六五号、三三六六号　一九三二年
木村亀二・ラートブルッフの法律哲学　法学志林第三四巻八号　一九三二年
常盤敏太・アンゼルム・V・フォイエルバッハ　法学志林第三五巻八号　一九三三年
橋本文雄・社会法と市民法　一九三四年
常盤敏太・フォイエルバッハへの回顧　法律時報第七巻九号　一九三五年
木村亀二・Feuerbach フォイエルバッハ伝　国家学会雑誌第四九巻七号　一九三五年
木村亀二・法律哲学における相対主義　法律時報第七巻五号　一九三五年
木村亀二・ラートブルッフ　田中・末弘編法律学辞典　一九三六年
常盤敏太・ラートブルッフを中心として　東京商大法学研究第四号　一九三八年

常盤敏太・ラートブルッフ教授の還暦を祝して　一橋論叢第二巻六号　一九三八年
牧野英一・比較法と Feuerbach　自治研究第一六巻五号　一九四〇年
穂積重遠・ラートブルッフ　法律時報第一二巻三号、「有閑法学」第一二三話　一九四〇年
横川敏雄・法哲学の基本問題　一九四七年
尾高朝雄・ラートブルッフの法哲学　一九四八年
横川敏雄・ラートブルッフの「刑法理論」について　法律タイムズ第四巻三号　一九五〇年
柚木馨・ラートブルッフとその所有権理論　国民経済雑誌第八二巻二号　一九五〇年
矢崎光圀・ラートブルッフの法哲学における晩年の課題　法律時報第二三巻一〇号　一九五一年
田中耕太郎訳・法哲学　一九五一年
尾高朝雄・法哲学における相対主義　法哲学所収　一九五一年
平場安治・刑法における行為概念と行為論の地位　小野還暦論文集　一九五一年
和田小次郎・ラートブルッフ法哲学入門紹介　早稲田法学第二七巻三号　一九五二年
明大比較法刑事法研究室訳・法律の形をとつた不法と法律を超える法　法律論叢第二六巻一号　一九五二年
松尾敬一・ラートブルッフ法哲学の時代的課題（紹介）　神戸法学雑誌第二巻三号　一九五二年
木村亀二・ラートブルッフ案（刑法雑筆）　法律時報第二五巻八号　一九五三年
野田良之・社会主義の文化理論　一九五三年
野田良之・ゲエテの世界観における法　社会主義の文化理論所収　一九五三年
牧野英一・よりよき刑法と刑法よりもよき法律　法律における理論と論理所収　一九五三年
桂静子・ラートブルッフ　一九世紀三つの刑法論　法学論叢五九巻一号　一九五三年
豊田悦夫・ラートブルッフにおける国法観　法学論叢第六〇巻四号　一九五四年
田中吉備彦・グスタッフ・ラートブルッフの生涯と業績　法学志林第五一巻二号、三号、四号　一九五三―五四年
田村五郎・法学入門　法学新報第六一巻九号、一〇号、一二号　一九五四年、第六二巻一号、七号、八号　一九五五年
八木鉄男・ラートブルッフと悪法論　三重法経雑誌第四号　一九五五年
下村康正・ラートブルッフの行為論　中大七〇週年記念論文集　一九五五年
ラートブルッフ研究会・法のプレビエ　法学研究第二八巻四号　一九五五年

尾高朝雄、碧海純一訳・法学入門　一九五五年
西村克彦・ラートブルッフの法心理学　法経学会誌八号　一九五五年
宮崎澄夫・ラートブルッフの刑法草案について　法学研究第二八巻八号　一九五五年
中谷瑾子、宮沢浩一・ラートブルッフ刑法草案　法学研究第二八巻八号　一九五五年
阿南成一訳・法哲学入門　一九五五年
横川敏雄・ラートブルッフの法哲学と裁判官　法律時報第二八巻四号　一九五六年
八木鉄男・ラートブルッフと自然法　同志社法学三三号　一九五六年
田村五郎・法創造としての法学　中央評論五〇号　一九五六年
木村亀二・ラートブルッフ（近代法思想史の人々）　法学セミナー一九五七年四月号別冊
牧野英一・クリミナリストとしてのラートブルッフ　刑法の国際化所収、刑法研究第一五巻　一九五七年
市川秀雄・ラートブルッフ　木村亀二編刑法学入門　一九五七年
田村五郎訳・法創造としての法学　概念法学への挑戦　一九五八年
中大大学院独法研究会訳・法における人間　中央評論五六号　一九五八年
植村秀三・英国法の精神　司法研修所報二二号、二三号、二四号、二五号　一九五八―一九六〇年
松尾敬一・ラートブルッフにおける政治的抵抗と法律論の変遷　法哲学年報　一九五九年
松尾敬一・ラートブルッフ法哲学研究　一九五九年
原秀男・法価値としての合目的性と世界観　法哲学年報　一九五九年
常盤忠允・ラートブルッフと我等　総合法学一八号　一九六〇年
野田良之・ラートブルッフを偲びて　みすず第二巻二号　一九六〇年
石川芳雄訳・リディア・ラートブルッフ＝回想のラートブルッフ　法律のひろば　第一三巻七号　一九六〇年
常盤敏太・ラートブルッフと日本　法律のひろば　第一四巻四号　一九六一年
内藤嘉男・ラートブルッフにおける相対主義の「変革」　法学新報第七二巻五号　一九六五年
内藤嘉男・ラートブルッフにおける相対主義の成立とその現代的問題性　法学新報第七三巻七・八号　一九六六年
常盤敏太・ラートブルッフ　一九六七年
松尾敬一・ラートブルッフ　矢崎光圀編現代法思想の潮流　一九六七年

原秀男・価値相対主義法哲学の研究　一九六八年
常盤敏太・ラートブルッフと教育刑
なお、我妻栄・近代法における債権の優越的地位　法学志林連載　一九二七年（後に、モノグラフィーとして刊行されたことは、周知の通り）も、ラートブルフの「法学入門」や「社会主義の文化理論」その他の著作の影響下にあるといえよう。ちょうど、戦後の英米法研究に、その「英法の精神」が多くの示唆を与えたのと同じ程度の刺戟が与えられた。
なお、発行年度の不詳なものとして、次の二点がある。このうち、大窪氏の邦訳本は、以前、故田中教授のところで拝見したことがある。
五十嵐庚市・ラートブルッフの法哲学　哲学雑誌
大窪昌・社会主義文化論
私の記憶では、訳者大窪氏は、若くして世を去られ、その親族の手で訳稿が公刊された旨のあとがきがあつた。

(2)　東大出版会発行のラートブルフ著作集は、わが国におけるラートブルフ研究の金字塔であり、世界に誇りうる成果である。
著作集（一）・田中耕太郎他・法哲学（五版、一九五五年）　一九六一年
著作集（二）・山田晟・法哲学綱要（一九一四年）　一九六三年
著作集（三）・碧海純一・法学入門（九版、一九五二年）　一九六一年
著作集（四）・尾高朝雄・法哲学における相対主義（一九三四年）　一九六一年
著作集（四）・野田良之、河南成一・法哲学入門（二版、一九五九年）　一九六一年
著作集（四）・村上淳一・五分間の法哲学（一九四五年）　一九六一年
著作集（四）・村上淳一・正義と恩寵（一九四九年）　一九六一年
著作集（四）・村上淳一・新しい政党―新しい精神（一九四五年）　一九六一年
著作集（四）・小林直樹・実定法の不法と実定法を超える法（一九四六年）　一九六一年
著作集（五）・桑田三郎、常盤忠允・法における人間（一九二七年）　一九六二年
著作集（五）・田村五郎・法の創造としての法学―法律学方法論争によせて―（一九〇五年）　一九六二年
著作集（五）・野田良之・法理念の問題性（一九二四年）　一九六二年
著作集（五）・小林直樹・法理念と法素材―一個のスケッチ―（一九二四年）　一九六二年
著作集（五）・小林直樹・法感情について（一九一四年）　一九六二年
著作集（五）・碧海純一・解釈の種類（一九二九年）　一九六二年

著作集（五）・福田平、矢崎光圀・ライヒ司法省の名声と終焉—法律家グループに対するニュルンベルク訴訟について—（一九四七年）一九六二年

著作集（五）・福田平、矢崎光圀・人道に対する犯罪をめぐる議論について（一九四八年）一九六二年

著作集（六）・久保正幡、林深山・イギリス法の精神（四版、一九五八年）一九六七年

著作集（六）・久保正幡・法学的思考形式としての「事物の本性」（一九四八年、一九六〇年）一九六七年

著作集（六）・長尾龍一・国際関係における正義と衡平（一九三六年）一九六七年

著作集（六）・上原行雄・法的安定性についてのイギリスの学説（一九三六年）一九六七年

著作集（六）・碧海純一・大陸学者の見た英米の法理学（一九三六年）一九六七年

著作集（七）・菊池栄一、宮沢浩一・一法律家の生涯—P・J・アンゼルム・フォイエルバハ伝—（一九三四年）一九六三年

著作集（八）・野田良之・社会主義の文化理論（三版、一九四九年）一九六一年

著作集（八）・野田良之・ゲーテの世界像における法（一九四〇年）一九六一年

著作集（八）・山田晟・階級法と法理念（一九二九年）一九六一年

著作集（八）・山田晟・個人主義的法から社会法へ（一九三〇年）一九六一年

著作集（九）・菊池栄一、小堀桂一郎・人と思想（二版、一九五四年）一九六四年

著作集（十）・山田晟・心の旅路（一九五一年）一九六二年

著作集（別巻）・尾高朝雄・ラートブルフの法哲学　一九六〇年

著作集（別巻）・碧海純一・ラートブルフの人と作品　一九六〇年

ドイツ語で発表されたラートブルフの研究には、次のごときものをあげうる。

Engisch, Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph. ARSP. Bd. 38. 1949/50. S. 305 ff.

Fritz von Hippel, Gustav Radbruch als rechtsphilosophischer Denker. SJZ. 1950. S. 465 ff., 574 ff（一九五一年単行本として公刊された。）

Fuchs, Radbruchiana oder Klassik und Romantik in der Rechtsphilosophie. 1954.

Baratta, Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs. ARSP. Bd. 45. 1959. S. 505 ff.

Wolf, Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie. ARSP. Bd. 45. 1959. S. 481 ff

右の二編は、ラートブルフ八〇歳誕生日特集号に発表されたものである。

Bonsmann, Die Rechts- und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs. 1966.（ケルン大学のエルンスト・v・ヒッペルの弟子のようである。本書

には、巻末に、詳細なラートブルフの文献とラートブルフの作品研究の文献目録があつて便利であるが、本文の内容は、驚くほど粗末である。）

（3） わが国の文献としては、（注1）にあげた牧野、市川両先達の研究がある。

ドイツのものとしては、特に、E. Schmidt. Gustav Radbruch als Kriminalist. ZStrW. Bd. 63. 1951. S. 150 ff.（これは、一九五〇年一月二八日、ハイデルベルク大学旧講堂におけるラートブルフ追悼式上の講演である。）

Ders.; Gedenkrede auf Gustav Radbruch. ZSchr. f. StVollz. Jg. 9. 1960. S. 76 ff.（後に、シュミットの著書に再録された。Vgl. Zuchthäuser und Gefängnisse. 1961. S. 34 ff.）なお、この論文は、一九五九年一一月二三日、フランクフルトの郊外プロインゲスハイムに開設されたグスタフ・ラートブルフ男子刑事施設の開所式の講演を収録したものである。

同じ日に、Krebs, Der Strafvollzug in der Gedankenwelt Gustav Radbruchs. ZSchr. f. StVollz. ebenda, S. 69 ff. と題する講演がなされた。しかし、私は、ラートブルフの刑法論研究に関しては、Hermann Krämer, Strafe und Strafrecht im Denken des Kriminalpolitikers Gustav Radbruch. 1956 を特にあげたい。ハイデルベルク留学の折、一九五八年一一月、ラートブルフの八〇歳誕生日に、私はライン・ネッカー紙上に、ラートブルフと日本という題のエッセーを書いた。クレーマーから、その小論を読んだといつて、丁寧な手紙とともに送られたのがこの小冊子である。私のこの小論は、クレーマーの小冊子から、文献的な恩恵をかなり受けている。

（4） Radbruch, Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches. 1952. S. XXIV. この点につき、宮崎澄夫・ラートブルッフ刑法草案について　法学研究二八巻八号三頁以下参照。

（5） ラートブルフの行為論が、本格的な研究の対象となつたのは、注（1）にあげたように、一九五一年と一九五五年の平場、下村両教授の研究による。前者は、その後、刑法における行為概念の研究　一九六一年　三七頁以下に収録されている。

（6） ラートブルフの思想を跡づける仕事を進める上で、ワイマール共和制の末期頃、彼が全体主義の脅威に抵抗して全力をつくしていたという事実がこれまで不明確であつたので、若干書きとめておく。

一九四九年に公刊されたラートブルフの七〇歳誕生祝賀論文集の巻末に、著作目録がある。その目録には、雑誌司法（Die Justiz）誌上に発表された論文は、再録されていない。簡単に見つかるというのが、その理由であつた。この雑誌は、一九三三年にナチスの手で発禁となつて、大量に廃棄されたものと伝えられる文献である。編者は、共和主義裁判官連合であつた。わが国には、この雑誌を完全に揃えているところは数える程しかない。ラートブルフの思索のあとを尋ねるために、たまたま右の雑誌からラートブルフの論稿を探していたところ、次々に貴重な論稿を見つけたので、記録のために書きとめ、同学の諸氏の一考をわずらわせたい。同誌に発表された分だけでも、実に、二〇点もの大小の論文がある。

Richterliches Prüfungsrecht? Bd. I. 1925/26. S. 12 ff.

Offener Brief an Herrn Dr. Otto Liebmann. Herausgeber der Deutschen Juristen-Zeitung. Bd. I. 1925/26. S. 193 ff.

Abbau des Strafrechts. Bemerkungen über den Entwurf 1925 mit Anmerkungen über den Entwurf 1927. Bd. II. 1926/27. S. 537 ff

Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft. Bd. II. 1926/27. S. 574 ff.

Die IKV. in Karlsruhe. Bd. III. 1927/28. S. 4 ff.

Der Landesverrat im Strafgesetzentwurf. Bd. III. 1927/28. S. 103 ff.

Die IKV. in Breslau. Bd. IV. 1929/30. S. 409 ff.

Dem Reichsgericht! Bd. V. 1929/30. S. 1 ff.

Staatsnotstand, Staatsnotwehr und Fememord. Bd. V. 1929/30. S. 125 ff.

Erwiderung. Bd. V. 1929/30. S. 333 ff.

Rede und Antwort. Landesverrat und Femèmord. Bd. V. 1929/30. S. 663 ff.

Juristische Studienreform. Bd. V. 1929/30. S. 731 ff.

Rede und Antwort. Thüringischer Landeskirchenrat und Reichsverfassung. Bd. VI. 1930/31, S. 115 f.

Rede und Antwort. Eine wohlbekannte Methode. Bd. VI. 1930/31. S. 465.

Die IKV. in Essen. Bd. VI. 1930/31. S. 523 ff.

Entgegnung. Bd. VII. 1931/32. S. 51 f.

Eine Relativitätstheorie des Anwaltsberufs. Bd. VII. 1931/32. S. 52 ff.

Rede und Antwort. Der Boxheimer Hochverrat. Bd. VII. 1931/32. S. 195 ff.

Rede und Antwort. Das Reichsgericht für Friedrich Ebert! Bd. VII. 1931/32. S. 280 ff.

Rede und Antwort. Die IKV. in Frankfurt a. M. Bd. VIII. 1932/33. S. 58 ff.

右の文献を調査するについて、日本大学図書館と九州大学井上祐司教授の御協力をうけた。御厚意に対して深く感謝したい。

(7) この点について、宮沢浩一・社会的行為論　綜合法学第五巻一一号（通号五三）三二頁以下。なお、大塚仁・行為論　刑法講座第二巻一頁以下、福田平・目的的行為論と犯罪理論　特に四四頁以下。

(8) ヤ・リストについては、木村亀二編・刑法学入門　一九五七年　八三頁以下で、荘子邦雄教授が詳細な研究を公表して居られる。しかし、そこでは、「社会刑法」について明瞭な問題意識が示されているとはいえない。

私は、ザール大学滞在中、一九六二年夏学期のマイホーファーの刑法のゼミナールで、ヤ・リストにおける「社会的なるもの」の概念を詳細

に分析する議論から、多くのものを学んだ。今後、資料をまとめて、この点についての検討を加えてみたい。

(9) アルトゥール・カウフマンの手で、今秋、ラートブルフ追想論文集が出る。予定されている寄稿者とそのテーマは、次の通りである。

Alessandro Baratta, Rom: Gedanken zu einer dialektischen Lehre von der Natur der Sache.

Fritz Bauer, Frankfurt/M.: Das "gesetzliche Unrecht" des Nationalsozialismus und die deutsche Strafrechtspflege.

Jürgen Baumann, Tübingen: Konsequenzen aus einer Reformarbeit—nicht aufgenommene Vorschläge für die Strafrechtsreform.

Günter Bemmann, Heidelberg: Über die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Richters.

Paul Bockelmann, München: Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie.

Mario Cattaneo, Mailand: Gustav Radbruch als Theoretiker und Verteidiger des Rechtsstaats.

Helga Einsele, Frankfurt/M.: Erinnerungen an den Lehrer Gustav Radbruch.

Carl-August Emge, Würzburg: Bekenntnis zu Gustav Radbruch.

Karl Engisch, München: Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph.

Erich Fechner, Tübingen: Naturrecht heute.

Albert S. Foulkes, Sydney: Gustav Radbruch in den ersten Jahrzehnten der Freirechtsbewegung.

Werner Goldschmidt, Buenos Aires: Erkenntnis und Bekenntnis.

Winfried Hassemer, Saarbrücken: Die rechtstheoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafrahmens. Bemerkungen zu Radbruchs Lehre von den Ordnungsbegriffen.

Richard Hauser, Heidelberg: Die verborgene Lebenslinie (Gustav Radbruch und die Religion).

Fritz v. Hippel, Freiburg/Br.: Gedanken an Gustav und Lydia Radbruch.

Karl Jaspers, Basel: Julius Leber.

Hans-Heinrich Jescheck, Freiburg/Br.: Gustav Radbruchs Beitrag zur Strafrechtsvergleichung.

Arthur Kaufmann, Saarbrücken: Der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches und das Erbe Radbruchs.

Ulrich Klug, Köln: Thesen zu einem kritischen Relativismus in der Rechtsphilosophie.

Hermann Krämer, Altenkirchen: Gustav Radbruch als Parteipolitiker.

Albert Krebs, Oberursel: Das "Gustav-Radbruch-Haus." Strafanstalt für männer in Frankfurt/M. Preungesheim.

Karl Lackner, Heidelberg: Die Bedeutung des Radbruch-Entwurfs von 1922 für die Strafrechtsreform der Gegenwart.

Robert Leicht, Saarbrücken: Obrigkeitspositivismus und Widerstand.
Werner Maihofer, Saarbrücken: Über die Natur der Sache.
René Marcic, Salzburg: Gustav Radbruch und Hans Kelsen.
Koichi Miyazawa, Tokyo: Gustav Radbruch und die japanische Rechtswissenschaft.
Wolf Paul, Saarbrücken: Gustav Radbruchs Konzeption des sozialen Rechts und die marxistische Rechtstheorie.
Claus Roxin, Göttingen: Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts.
Eberhard Schmidhäuser, Hamburg: Zur Systematik der Verbrechenslehre. Ein Grundthema Radbruchs aus der Sicht der neueren Strafrechtsdogmatik.
Eberhard Schmidt, Heidelberg: Gustav Radbruch und die Rechtsgeschichte.
Agnes Schwarzschild, London: Über die Gerechtigkeit.
Samuel I. Shuman, Detroit: The place of punishment in the struggle between security and justice.
Günter Spendel, Würzburg: Zur Problematik der Rechtsbeugung.
Ilmar Tammelo, Sydney: The perennial role of legal philosophy.
Joseph J. M. van der Ven, Utrecht: Das Übel in seiner Unvermeidlichkeit.
Alfred Verdross, Wien: Beständigkeit und Geschichtlichkeit im Recht.
Erik Wolf, Freiburg/Br.: Sich ins Rechte denken. Zu einem Leitwort Gustav Radbruchs.
Ernst A. Wolff, Heidelberg: Das Problem der Handlung im Strafrecht.
Thomas Würtenberger, Freiburg/Br.: Zur Idee des "sozialen Rechts" bei Gustav Radbruch.

ラートブルフの刑法理論

一　概　　説

ラートブルフがその刑法理論について語っているのは、二〇点にあまる刑事法関係の論著においてであるが、しかし、横川敏雄判事[1]が紹介して居られることく、法学入門と法哲学にも、思想史的に分析した刑法理論、法の理念との関連で説かれ

た刑罰論が展開されている。これらについては、その刑事政策論とともに、節を改めて説くことにする。

本節においては、ラートブルフの遺した重要な業績たる「行為論」[2]と「責任論」とについて若干の考察を加えることにしたい。

ラートブルフの行為論は、純粋な意味での自然主義的行為論とよばれている。[3] 刑法理論の基本概念としての行為を、原因とそれによつて生じた結果について分析し、原因に対する起因力の根元は何に求められるべきかについて、徹底的な検討を加えているところから、因果的行為論ともよばれている。ラートブルフは、社会に生起する犯罪現象を抽象的な、観念的形相としてとらえるのではなくて、素質と環境の制約を受けつつ社会生活を行なつている生きた人間たる犯罪者によつて惹起された現象として捕捉し、その行為をその原因に遡つて深く究明する自然主義的な分析の仕方を、その師、V・リストから学んだ。[4] 人間行為のもつ自然科学的分析に親しむ面の徹底的解明を試みたことは、まことにあざやかなものがあつたが、その反面、余りにも一面的な考察の故の欠陥をも内含していた。

この欠点を一番よく知つていたのは、他ならぬラートブルフ自身であつた。ということは、一九〇五年、つまり、行為論についてのモノグラフィーを公刊した翌年に、全刑法雑誌上の、自分の担当する法哲学の書評欄において、その著書が、行為論に関する問題を余りにも狭い視野の中でとらえて、それを検討したものであつて、はたしてこのようなことで行為の実体を充分把握することはできたであろうかと自己反省の言葉を載せている。[5]

そして、ラートブルフは、一九三〇年、フランクの七〇歳祝賀論文集に発表した「犯罪論の体系」に関する論文[6]の中で、特に、その前半において、犯罪論の中核概念は、構成要件であることを明確にし、行為論を犯罪論の基礎と考える立場を抛棄した。この改説は、しかしながら、文献に現われた限りでは、すでに、一九二四年の「法理念と法素材」[7]という小論の中においてである。

二　「行為概念論文」の成立事情

この問題についてふれる前に、ここで特に注意を喚起しておきたいことは、ラートブルフが二四歳頃に着手した行為概念に関する研究は、行為概念の学説史的展開を正確に追つて、これを集大成するという仕事をしたにしては、考えられない程短期間のうちにそれを完成したという事実である。[8]

ラートブルフが学位を獲得した「相当因果関係論」についての研究の発端は、その自叙伝「心の旅路」によれば、リストの研究室において師からテーマとして与えられたリューメリンの小著に対し、三週間かかつてその核心をついたすぐれた報告をまとめて、v・リストを感心させたというリスト研究室でのエピソードに始まる。[9] 行為論のモノグラフィーは、一九〇二年五月に、ベルリン大学で博士号をとつて後、一年ほどしかたたない間にその大部分が書きあげられている。しかも、v・リストの紹介で、ハイデルベルク大学のリリエンタールにそれを提出したところ、教授資格論文としては、いささか短かいとの注意を受けて、一九〇三年の夏に、その前半に相当する法理論の部分を仕上げた[10]というのであるから、今日、我々が行為論の歴史を検討するに際して、非常に多くを学び、それだけに、その詳細な文献的渉猟に感嘆おくあたわざる刑法理論の部分は、実質的には、一年程の短時日に仕上げられたのである。

ヘーゲル哲学における行為論とその哲学を刑法理論において継承した学者達による行為概念の展開過程を徹底的に分析したこのモノグラフィーでは、ヘーゲル以前のグロールマン、フォイエルバハにおける行為概念の先駆的研究から説き起し、見事な学説史的集大成をなしとげている。[11] しかも、簡潔な筆致で、行為論の形成・展開に資するところのあつた重要な業績を余すところなくとらえ、学説の流れの線をズバリと明示しているのである。最近、ハイデルベルク大学のガラス教授のもとに提出した論文[12]によつて、v・ブブノフが学位を獲得したが、そのヘーゲル学派を中心とした行為概念の歴史的展開をテ

ーマとした論文は、ラートブルフのモノグラフィーあつての存在といつてよいであろう。

三　「行為概念論文」の意義と限界

ラートブルフの行為論の特徴は、一体、どこにあるであろうか。詳細は平場[13]、下村[14]両教授の研究にゆずることにして、若干の主要な論点を書きとめておきたい。

周知のように、近代の行為概念は、外界の出来事を、それを惹起した行為者に帰責(帰属)せしめる理論(Imptatio)として登場した[15]。

フォイエルバハの刑法論にその典型が見られるように、犯罪の意思的側面(主観面)と事実的側面(客観面)とが、帰属性によつて媒介・統合され、意味ある全体として構成された。

誰がその行為をなしたのであるかを問うことは、法律適用に際しての裁判官の判断による。犯罪概念は、まさに、この判断を可能ならしむる判断対象を中心として構成されねばならない。ラートブルフは、「行為は、帰属性の門をくぐつて刑法体系の中に入り込んだ[16]」といつている。

帰属性の概念をまず、その法哲学の中で展開したヘーゲルは、その帰責論をもつぱら故意犯について考慮し、意思を中核とする帰責論を展開し、意思によつて方向づけられた行為とそれの惹起した結果に対する帰属関係として説明しようとした[17]。意思を中核として構成することの困難な過失の問題が、その帰責論において扱われなかつたことによつて、彼の論理は、整合性を誇ることができた[18]。

ところで、ヘーゲル法哲学を刑法理論において継承したアベック、ケストリン、ベルナー、ヘリシュナー等は、故意・過失を統合する行為概念の樹立に苦慮したのである。刑法学者である彼等は、刑法的評価を加えられるべき犯罪行為の一形式

としての過失を、ヘーゲルのように無視して立論することは出来なかつたのである。

彼等の体系化の努力は、有責行為という概念が犯罪行為と同義語反復になるおそれのあること、何故、過失が意思に基づく行為、つまり有意行為であると説明しうるかの問題で完全なゆきづまりを示した。即ち、若し、責任が違法に対する責任であるならば、違法は必然的に責任に随伴し、行為概念は、その中に違法性・責任を含むということになり、行為イコール犯罪ということになる。

ヘーゲル学派の学者は、責任を結果と関連づけることによつて何とか行為の内容を規定しようと試みた。そこで、行為が犯罪の基本的な統一体をなす、と説明する。しかし、責任は、故意と並んで過失をもその中に含む。であるとすると、問題は、自由意思の所産たる結果と行為との関係から、過失的行為も自由意思の所産といえるかという問題に何等かの理論づけをしなければならなくなる。[19]

そのために、ベルナーは、行為を意欲された出来事として説明し、過失のところでは、出来事が意欲されなくても行為の中に含まれると強弁するために、主観的なものが客観化し、客観的なものが主観化する関係にあるというような苦しまぎれな解答を示した。

ラートブルフは、このようなヘーゲル学派の行為論樹立の努力を評して、「これまで名もなく、刑法体系の中をさまよつていた行為概念の実質化をなしとげた功績」[20]は、まさにヘーゲル学派にあるとしつつも、故意と過失とを、犯罪という事実の側面で統一的に把握しようとするところに、その失敗の原因があるとし、民法学者チーテルマンに従つて、意思を原因力としてとらえ、因果関係論を中核とする、純粋に自然主義的な行為概念をもつて説明しようとしたのだつた。[21]

特に、チーテルマンが、意欲というものの現実的性格を重視し、意思によつて惹起されたもののうち、意欲されるのは身体運動であると解し、これを意欲されない行為、つまり責任なき行為と区別した点を評価したのである。後にも紹介するよ

うに、意思の内容、表象の内容をなす意思表動は、神経作用から派生する。そして、神経作用は、これを表象しえないから、このようにして得られた意思の概念は、無意識的意欲を基礎とすることになる。

これに対して、ラードブルフは、意欲を純心理学的に考えて、自己の表象内容に対する自我の親近関係とし、これに対して、意思を純粋に原因づける力として精神・物理的に解するから、両者を明確に区別する必要を感じていた。

ラートブルフは、「不器用な行為」をあげ、意欲した通りに運動神経が働かず、別な行動をする例をあげて、意思と行為的結果との因果関係をもつて行為と解する立場をとつたのであつた。

ところで、チーテルマンの学説はいかなる内容のものであつたか。

チーテルマンの理論は、その著「錯誤と法律行為」(一八七九年)の中で展開されている。周知のように、チーテルマンのこの著書は、サビニーがローマ法の体系についての浩瀚な著書の中で展開した錯誤論において、意思を規範主義的にとらえ、規範的にその心理の動きを把握しようと試みたことに対して、より実在的に、つまり、法律行為の基礎としての行為論の中心概念たる意思作用をその根元にまで遡つて分析し、意思の淵源を筋肉の運動・神経作用・脳の刺激等としてとらえるという、徹底した自然主義的行為論を主張したのだつた。[23]

行為論は、右のモノグラフィーの第一章で詳細に論じられている。そこでは、行為概念を(1)身体運動、(2)意思、(3)意識の三節に分説しているが、特に重要なのは、意思の成立を心理学的に分析する部分であつて、意思行為(意思にもとづく行為)、意思能力について、意思が行為をいかにして方向づけていくか、その根元的な力は何であるのかを問う。[24]

次にその部分を引用するが、彼の用いた心理学説は、一九世紀の中葉から後半にかけての哲学的な心理学であつた。特に、ヴントの論文の引用が目立つ。

チーテルマンは、外界の変化——彼は、これを行為と考える——の原因を求め、因果の連鎖をたどつてゆく。行為をその

根元に遡つてゆくと、身体の挙動に到る。丁度、河川の源流をたどつてゆくと、やがて渓流となり、ついには水源地にたどりつくが、その源は、我々の視野から去り、目に見えない水脈に及ぶ。我々が、目に見えない地下水の水脈を河川の淵源として承認するように、人間の身体運動も、その目に見えない淵源を原動力として認めるべきであり、これこそが意思活動である、という。

ラートブルフは、この考え方に依拠し、これを敷衍する。彼は、過失も又、意思活動であるとするが、その理由は、行為の結果に対する条件、少くとも行為する意思に近い条件、行為者の身体的態度のごとき、何等かの生起したものは意欲されたものであるとするか、或いは生起したものの何物も意欲される必要はなく、すべては、意思によつて惹起されただけでよいとする立場の二者のうちのいずれかを選ぶことになる。すでに言及したように、ラートブルフは、「不器用な行為」を例としてあげ、身体運動が意欲されたことであることを要するとすれば、右のような意図と違つた結果は行為の概念からはずれ、犯罪ともならず、従つて無罪となるとしてこれを拒否する。そして、犯罪行為に対する意思の因果性だけを要求し、意思の内容はいかなるものかという問題をすべて責任の問題に向ける行為概念、すなわち、一定の意味では特性づけられていないで、単に、一定の方法で（つまり意識的な意思行為によつて）惹起された身体運動である行為概念をもつて、行為の基本概念と解すべきであるという立場を明らかにする。

要するに、ラートブルフによれば、結果は意欲される必要はなく、ただ意思によつて原因づけられればよいと考え、行為とは、行為結果に対する因果関係であると解する。そして、その論拠に、次のようなベーリングの所説を援用する。

「行為が存するという確定をするには、行為者が有意的に活動したか、若しくは、活動しないでいたかという確実さ（Gewissheit）で充分である。行為者が何を意欲したかは、この際は、どうでもよい。意思の内容は、責任の問題にとつて意味をもつ」[25]と。若いラートブルフは、すでに学界に確固とした地歩を築いているベーリングの権威を借りて、この最も困難な部分

の論証にあてることで済ませ、これ以上について、詳しい論証は展開せず、議論の焦点を不作為をいかにその理屈で説明するかの問題へと移しているのである。[26]

このようにして、ラートブルフは、v・リストによつて漠然と提示された「意思にもとづく外界の変動」という行為概念を自然主義的に徹底させ、ベーリングの行為論を究極的には援用して論証する一方、チーテルマンの心理主義的行為論をその重要な理論的支柱としてたくみにこれを利用し、作為犯の説明に成功したのであるが、これも周知のように、不作為の説明でゆきづまつてしまつた。[27]

ラートブルフの聡明さをもつてしても、その徹底した論理的分析力をもつてしても、その論証の結果として提示された因果的な行為理解によるのでは、作為と不作為とを統合する契機を見出すことができなかつたのである。

というわけは、ラートブルフの立場によれば、行為は意思と行動との因果関係である。不作為が行為であるというためには、不作為にこれらの要素を立証しなければならないが、いずれも立証することは困難である。身体運動を行なわないということと積極的結果の発生との間には、ラートブルフの立場でいう因果関係はないし、行為をしないという意思と積極的結果の間にも因果関係はない。チーテルマンの心理主義的な行為分析の手法によつて、外界の変化から原因の連鎖を因果的に遡つても、不作為においては意思に到達することはない。意思を結果に対する意欲とみても、積極的結果の発生を欲する意欲も、消極的に行為をなさないという意欲も不作為にとつて本質的ではない。過失の不作為、忘却犯には、これらが欠けているからである。

不作為は、行為とはいえない。行為の不作為であると結論づけたラートブルフは、次のごとき有名な命題を示す。

「作為と不作為とは、もはや結びつかない二つの概念に分かれ、かくして、必然的に、他の刑法体系上の概念は、二重に、つまり作為と不作為の述語として観察されるに至る。体系は、上から下まで、真二つの部分に分かれ、法秩序が法律効果と

して刑罰に結びつけるところの法律要件たる犯罪の形式概念においてのみ、両者は相互に結びつく。直ちにその下から亀裂が始まる。一個の実質概念は、既に役立たない。犯罪は、内容的には、違法・有責・可罰の作為又は不作為として定義づけられる。この亀裂は、体系の最も下の微細な枝にまで及び、二重の関係において観察されない概念はない程である」[28]と。

ラートブルフは、その晩年の小論の中で、この著書をV・リストに提示したところが、次のような批評をうけたと書いている。「たしかにこれは聡明に分析されている。でも君、一度でいいから、この君の体系に立つて、刑法体系書を書いてみたまえ」[29]と。

ラートブルフは、このエピソードを、リストの体系書に対して、いかにそれが教授目的をよくわきまえ、学問と実務に対する寄与を考えていたすぐれた書物であつたかを明らかにしようとして書きとめたのである。

ところで、右に引用したラートブルフのモノグラフィーの一節に、すでに、このような刑法体系を否定し、後に改説するためのきつかけがすでに語られていることに気づく。

そこでは、作為と不作為とが結びつくのは、法律要件という犯罪の形式概念においてであるとの指摘があつた。その部分には、Tatbestandの語が用いられていた。私が、これをわざわざ「構成要件」と訳さなかつた理由[30]は、いわゆる「構成要件の理論」が、一九〇五年のベーリングの刑法概論と一九〇六年の犯罪論以後に、ようやく発展をしたこと、ベーリングの主張によつて刑法体系の要石となつたのだという学説史的な背景を強調したかつたからにほかならない。

行為論のモノグラフィーを書いた当時、ラートブルフは、ベーリングの考えた意味で、まだ構成要件論を意識していた痕跡はない。

ラートブルフが、行為論中心の思考から、構成要件論を刑法体系の中心に置くという改説を明らかにしたのは、すでに指摘した法哲学の一小論文においてである。

「実定法学においても素朴な自然主義は、その役割を演ずる。行為概念が刑法の要石と認められ、行為とは、外界における何等かの変化がよび起した意思にもとづく身体運動と規定される場合がこれである。行為の自然主義的な概念は、構成要件該当性、違法性、帰責性といつた、その他の犯罪の標識（メルクマール）に担い手として役立つには、全く適していない。とにかく、犯罪の構成要件、その違法性を基礎づける事実及び故意・過失といつた表象内容を単に或る種の身体運動及び外界の変化として、例えば、侮辱を一連の咽喉運動、音波の惹起、聴覚の興奮、脳髄運動として表現しようと試みるがよい。一番重要なこと、侮辱の言葉の意味と社会的意義は、このようにして構成された概念の全く外にとどまる。どのような構成要件を選ぼうと、それは自然主義的に考えられたある種の行為としてはとらえられないのであり、むしろはじめから、社会生活上の一出来事として、概念的に把握する他ない。刑法の原始素材は、社会的概念を介して前形成された所与である[31]」というのである。

右に詳しく引用した文章において明らかなように、ここでは、行為概念は、法の素材として、つまり構成要件化の前段階としてとらえられている。従つて、「社会的概念は、法律上の構成要件を作りあげるための概念である。法適用にあたつては、社会的概念を介して前形成された所与が、これらの概念を模写した構成要件概念に包摂される[32]」というのである。ここで注意しておきたいのは、この当時すでに、いわゆる社会的行為概念とよばれる考え方に極めて類似した思考が語られているという事実である[33]。

一九三〇年に発表された「犯罪論の体系」に関する論文[34]では、一九二四年に表明した線に沿つて、自然主義的行為概念の欠点をすべてさらけ出し、刑法体系の中心概念としての構成要件論に帰依することを表明し、構成要件の主観的要素、いわゆる主観的違法要素、規範的構成要件要素についてもこれを支持する見解を明らかにした。

四　過失論を中心にした責任論

行為論についてこのような全面的な撤退を行なつたラートブルフも、責任論に関しては依然として心理的責任論を支持する態度を示して居り、責任論の大勢がいわゆる規範的責任論に赴いている状況であるにもかかわらず、一九〇四年に主張したと同じように心理的責任論によつて刑事責任を説明することは、なお、可能であるとする。[35]

緊急避難の場合を例としてあげ、純粋に心理的な帰責概念にとつては、帰責は、単に、意思に対する帰責ではなくて、行為をその行為者のものとして特色づけるところの、行為に対する行為者の内心的関連づけとして帰責可能性を理解するのであり、これによつて免責事由を認めることは可能であるし、またそうする必要がある。そして、このような解決とフランクのいう非難可能性とは、実質的に同じであると強調している。[36]

この点について述べるならば、ラートブルフが、新派の主張の重要な点である危険性の考え方、つまり、性格の危険性というものをなお、責任の重要な基礎と考えていたことがこのような立場をとらせたといえよう。行為に対して規範的評価を加えることよりも、行為に対する行為者の関係を中心として考察すべきであるという責任論の問い方に、依然として心理的責任論の余地を見出していたと解すべきである。

責任の基礎をめぐるラートブルフの思考が具体的に示され、そして、その思考は今日でも充分考慮に価するものと思われるその「過失」概念について、若干ふれてみることにする。

ラートブルフの過失論は、注意しないと見落す程の短かい二つの論文において展開されている。

一つは、一九二九年に発表された「過失の概念規定」を扱つた小論である。[37]

過失には、主観的要素と客観的要素とが含まれ、主観的には、構成要件の実現が予見されたこと、行為者の理解能力上、

交通において通常の注意を払えば予見しえたということが過失には要求される。しかし、発生した損害について責任が負わされるためには、認識していた危害または知ることの出来た危害が客観的に、交通上通常の程度を越えていた場合、交通上必要な注意を怠つたことを示す場合（民法二七八条）にはじめて可能であるとする。

このような観点に立つて、事情上及び個人的関係上義務づけられている注意を怠ることによつて、構成要件の実現がありうることを予見しない者等々の要件を掲げた一九二七年草案の過失規定を批判している。

アルトゥール・カウフマンは、ラートブルフの「行為概念」のモノグラフィーの新版についての序文で、この論文の意義を強調している。たしかに、今日のフィナリストの過失論[38]よりもはるか以前に、民法の「交通上必要な注意」を過失概念にとり入れたラートブルフの見解は、注目すべきではあるが、フィナリストのそれと比べて過失に対する体系的考慮において、建前が全く違うことを忘れてはなるまい。

「責任形式は、実は、事物の本性から必然的に発展せられるところの思考である。我々は、欲するように、自然法について考えてよいのである。過失の概念規定の問題において、実定法上の規定なしに学問上明らかにされてきたことは、超実定的な法命題の客観的な確定可能性である。従つて、立法には、このような超実定的に定立可能な問題について、拘束的な実定法を創る力があるかどうか。この論文を書いたのは、それが不完全な試みであることを示すためである[39]」と。そして、一九二二年案のように、この問題を学説・判例に一切委せることが賢明であつて、立法者が、実定法の権威によつて、不充分な過失の概念を明らかにすることには反対であるという。

それより一年前、ラートブルフは、「刑事責任形式の心理学[40]」と題する小論を発表している。この論文は、心理的責任論を擁護する意図で書かれて居り、そこには、「法哲学」の中でやがてとりあげるべき見解、即ち、v・リストの「罰すべきは行為ではなく、行為者である」という見解を修正し、社会刑法の立場にたつて、「罰すべきは行為者ではなくて、人間で

ある」という主張を、すでに展開していることに注意すべきであろう。[41]

ラートブルフは、故意にせよ、過失にせよ、このような形でとらえた責任形式は、いずれにしても、非常に複雑な心理学的事態の大雑把な類型化であること、プリミティブな心理学の硬直化した所産であること、それらは、本来の責任要素を単に徴表するにすぎないものと解する。そして、重要なことは、故意・過失というこの古い責任形式を通して、行為した者の心情の動機へと解明を加え、その中につき進んでゆくことで、責任概念が実質的な展開をとげるのである。[42]

ラートブルフは、v・リストの掲げた標語的な命題、「罰すべきは、行為ではなくて行為者である」は、実は、罰すべきは行為者ではなくて、人間なのだと強調する。存在するものは、一人の人間の不変の全体性にすぎない。或いは、その人間の生涯の流れゆく全体性があるにすぎないのであつて、個々の行為というものがあるわけではない。このことを忘れるならば、「私は一個の人間です。行為者などというものではありません。私の行為の真の意味は、私の全生涯とその意味を関連させてはじめて、理解しうるのではありませんか」と被告席で犯罪者は叫ぶのではあるまいか、とラートブルフは言う。[43]そして、行為から人格を考えることは間違いであり、人格から行為へと向かうことが、心理学的な認識の正しい過程であると指摘している。[44]

このような考え方は、今日主張されている人格責任論――もつとも、人格考察のうちの心理的側面のみを見ているにすぎないが――の考え方と一脈通じるものがあるように思う。

五　「類型」の理論について

ラートブルフの戦争中の発言は、殆んど、刑法史に限られていた。もつとも、そのテーマの選び方を見ていると、罪刑法定主義や正義という、ナチスによつて否定されたものを、近代の法思想として確立することに努めた人々が論じられている

ので、これらのテーマを正面から論じることを封じられた者が、過去を語ることによつて、間接的に現状を批判していたと解することが出来る。

しかし、特に注目すべき発言は、チェコスロバキアのブリンで発行されていた「国際法理論雑誌」の一九三八年号に発表された「法的思考における分類概念と整序概念」という論文の中にある。[45] そこでは、類型の思考が刑法的思惟にとつて非常に重要であることが強調されている。

法的思考にとつて、思考上の操作をする概念に、分類概念と整序概念がある。前者は、概念的な区別、分離をし、後者は段階づけの作用をもつ。例えば、少年から成人に移行するという現象について、分類概念は、少年と成人というように、一定の観点（時点）でもつて区切つて両者を分離し、現実の中には多様な形で存在するが、概念的な区別を明らかにするのに重要でない差異を顧慮することはない。責任能力は、あるかないかであつて、多くあるか少くあるかではない。しかし、責任の段階という概念でも示されるように、法概念は、段階づけの可能な概念として操作されるべきものからも成り立つている。犯罪という広範な意味をもつ概念は、犯罪と非犯罪とを区別することを必要とする面と、その犯罪について責任の度合いが重い、軽いというように段階づけを行なうべき概念とからなる。この両者は明確に区別すべきである。段階づける概念の段階づけの限度は、まさに分類概念のところにある。

カール・シュミットとその学説の信奉者の支持する「具体的秩序」の考え方には、法的思考におけるこの分類概念と整序概念の不明確な混在がある。

このように批判して、ラートブルフは「類型的思考」の重要性に言及する。類型概念は、究極形式へと努める分類概念への途上にあるものであるが、これは、決して克服されることのない持続的状態であるとする。

ラートブルフは、英米法における判例法の思考が、事件の解決から法を発見してゆく過程において、その際に判決理由

(ratio decidendi) との比較によつて、以前の事件と当面の事件との類似性と不一致性を検討し、個別事件に妥当な結論を見出してゆく特性をもつことを指摘し、法判断における類型の意義を次のようにいう。

「英米の裁判官の判例法のみならず、大陸の立法者も、実は、具体的事件について法を見出す。この事件は、立法者にとつては、ここでしかも今の現実的な判断のために、生活から前置されたものではなくて、むしろ立法者の記憶やその想像力によつて提示された事件である。ヴントがいうように、精神生活における一般的概念は、個別事件の〝代表的な観念〟によつて主張されたものである。このような代表的観念は、前学問的概念と同様に、〝確立した限界のない類型の性格を有する〟。かくして、すべての事件の全体性を概観しようとせず、さらに非具体的な思考図式の抽象的な一般性で満足しようとはしない立法者には、それがしばしば現われるものであれ、まれにしか現われないものであれ、典型的な個別事件が脳裏に浮ぶ。そこで、法律の分類的に考えられた概念は、類型概念の性格を余りにも簡単に、こつそり、しかも無意識的に保存している。立法者の手から生じた法律は、解釈以前に、拡張的に解釈するか縮小的に解釈するか、類推を用いるか反対解釈を用いるかといつたことが、非常に限界のはつきりしない類型論的思考として現われる」という。

立法者は、具体化の余地を裁判官に残して、必要な思考図式を法律の形として与えるのであり、それに従つて、限界を超えることなく、その内容を具体的な判断に適するよう具体化することが、最も重要な法的思考の課題であると指摘しているのである。

周知のように、この論文の書かれたとき、ドイツの刑法典には、罪刑法定主義を否定する新第二条が挿入され、「健全な国民感情」「刑法の根本精神」を評価の基準として導入し、遡及的な処罰を許すことによつて、構成要件概念が、まさに空洞化したのであつた。(46)

ラートブルフのこの論文は、イギリス型の判例法の考え方の底を流れる類型的思考に範をとり、個別判断は、事物の根元

においては一定の内容がそれによつて与えられるところの類型に依拠しつつ形成されることの意義を明らかにしたのだつた。

この考え方は、戦争中、ナチスの幾多の苛酷な特別刑法の条文の適用を排除するため、ライヒ裁判所によつて援用された「類型の理論」[47]の理論的先駆者といつてよいのであり[48]、カール・シュミットやその亜流であるシュウィンゲ＝チンマールらの、いわゆる具体的秩序思想の刑法上の展開などとは比べることの出来ない程の人権意識に支えられた見解であつたと評しうる。

もつとも、戦争直前の、しかも政治的な追放をうけているときの発言であるから、結論のところでは、ローマ法の原則にかえつてその論証を試みるという形をとつている。

今日、アルトゥール・カウフマン[49]やその弟子のハッセマー[50]によつて、この「類型」の理論が改めて検討されている。この「類型」が類推の際の「事物の本性」のはたす役割との関係において考察され、法解釈に際しての触媒の作用をはたすべき実体として説かれていることも、考慮に価するラートブルフ解釈の試みと言えるであろう。

(1) 横川敏雄・ラートブルッフの「刑法理論」について　法律タイムズ第四巻三号　一九五〇年　一三頁以下

(2) Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik. 1904. (Neuausgabe 1967, herausgegeben von Arthur Kaufmann.)

(3) この点につき、Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. 1935. S. 22 ff., ders.; Studien zum System des Strafrechts. ZStrW. Bd. 58. 1939. S. 491 ff. なお、Welzel, Das deutsche Strafrecht. 10. Aufl. S. 36 f. 及び福田平、大塚仁訳・目的的行為論入門——刑法体系の新様相——　八頁以下

(4) Radbruch, Sozialismus und Strafrechtsreform. op. cit., S. 522 ff. この点について、さらに詳しくは、その法哲学　三四二頁以下、同・法学入門　一五六頁以下参照。

(5) Radbruch, Literaturbericht (Rechtsphilosophie). ZStrW. Bd. 25. 1905. S. 256. 本文に引用した文言は、Radbruch, Zur Systematik der

Verbrechenslehre. Frank-Festschr. 1930. S. 158 Anm. 1. (Neuausgabe S. 151) よりとつた。右の書評では、「法の体系というものが演繹なのか分類なのかという問題を論じ、それが両者のうちの一つであること、法の体系が論理学の意味での体系であることを前提としている。しかし、論理学の意味での体系と並んで倫理学の意味での体系があり、理論的体系と並んで実践的体系もあり、上位と下位の秩序又は理由と結果という形式的関係によつて相互に関係づけられる体系と並んで、手段と目的という実質的関係によつてその分肢が相互に関係づけられる体系もあることを考慮してはいない。法体系は、まさに、後者の性質をもつた体系なのではなかつたか」と反省している。

(6) Radbruch, Zur Systematik. op. cit.

(7) 野田良之訳・法理念と法素材　著作集五巻　六七頁以下

(8) 山田晟訳・心の旅路　著作集一〇巻　七四頁以下

(9) 心の旅路　七〇頁

(10) 心の旅路　七五頁

(11) Radbruch, Der Handlungsbegriff. op. cit., bes. S. 76 ff. ヘーゲル及びヘーゲル学派については、同書Ⅲ（八五頁以下）にまとめられている。本文全二五頁の中に見事に整理されている。

(12) von Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule. 1966.

(13) 平場安治・刑法における行為概念と行為論の地位　前出小野還暦論文集上三三頁以下（刑法における行為概念の研究　三七頁以下収録）

(14) 下村康正・ラードブルッフの行為論　前出中大七〇週年記念論文集　一九五五年　一七一頁以下

(15) Imptatio 論については、v. Bubnoff, op. cit., S. 17 ff. やはり、Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. Bd. I. 1799, Bd. II. 1800 (Neudruck 1966). insbes. Bd. I. S. 150 ff. この点につき、参照すべきは、山口邦夫・フォイヒルバハの刑法理論——その理論的基礎の批判的考察——法学新報七二巻七・八号　一九六五年　特に九一頁以下

(16) Radbruch, Der Handlungsbegriff, op. cit., S. 85. 平場・前出五二頁

(17) ヘーゲルの行為論につき、詳しくは、v. Bubnoff, op. cit., S. 36 ff. v・ブブノフは、「目的が行為の魂である」というヘーゲルの言葉をあげて、「このような思考過程においては、今日の目的的行為論はヘーゲルの理論に非常に近い」という（五〇頁）。これは、本文にもふれたように、目的と行為による結果との間の帰責を故意犯を中心として考察したヘーゲルの考え方と目的的行為が、その点において類似するのは当然であつて、重要なことは、それらが依拠する哲学的立場の相違にある。結論が同じということと思考内容が同じということとは別である。

(18) この点につき、特に、平場・前出五七頁以下、六七頁。v. Bubnoff, op. cit., S. 52 f. なお、すでに、Radbruch, Der Handlungsbegriff. S.

101 がこの点につき言及。

(19) この点につき、詳しくは、平場・前出五九頁以下を見よ。これは、しかし、ラートブルフのモノグラフィー一〇四頁以下ですでに詳細に紹介されていた。

(20) Radbruch, op. cit., S. 85. 平場・前出五二頁は「行為概念に実質化を強制した功績」という。原文には、Das Verdienst, den bisher namen- und gestaltlos im System umhergeistenden Handlungsbegriff zur Materialisation gezwungen zu haben…… とある。本文のような軽い意味であろう。

(21) Radbruch, Der Handlungsbegriff. op. cit., S. 114 ff.

(22) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch- juristische Untersuchung. 1879.

(23) サビニーについて、特に、Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 1960. S. 6 ff. サヴィニー・服部栄三訳・法学方法論を見よ。その錯誤論批判は、Zitelmann, op. cit., S. 317 ff. にある。サヴィニーの学説を否定するための準備作業として、チーテルマンは、二九頁から七九頁にかけて、行為の構造を詳細に論じたのである。しかし、そこで用いられた心理学的な解明は、その当時の時代思潮である自然科学的、実証的な心理学的行動解釈であつた。それが、はたして、正しい意味での実証科学的な分析といえるか否かについては、疑問である。

(24) これは、意思、我々はいかにして意思なる概念を形成することができるか（意思概念の心理学的成立）、特に三五頁以下で論じられている。

(25) Beling, Grundzüge des Strafrechts. 2. Aufl. 1902. S. 38. 4. Aufl. 1912. S. 22 でも、右とほぼ同じである。しかし、構成要件、違法の問題についてもふれていること、ラートブルフのモノグラフィーの影響で、行為の分析が詳しくなつていることが目立つている。第一一版一九三〇年一二頁では、構成要件論の説明が極めて詳細になつたことに伴つて、行為論の叙述が、かなり簡略化されたことが目立つ。

(26) この点について、Radbruch, Der Handlungsbegriff. S. 131 を見られたい。

(27) この点で興味ある類似的思考を示すのは、ウェルツェルやアルミン・カウフマンの不作為犯の構造解明である。作為犯と不作為犯とは、二つの構造を異にする概念であるとするその見解は、ラートブルフが半世紀も前に腐心した試みと奇妙な程に類似している。Welzel, Das deutsche Strafrecht. 10. Aufl. 1967. S. 193. Armin Kaufmann, Dogmatik der Unterlassungsdelikte. 1960. この点につき、Arthur Kaufmann, in: Radbruch, Der Handlungsbegriff. op. cit., S. X. を見よ。なお、金沢文雄教授の一連の研究参照。不作為の構造 I、II 広島大学政経論叢第一五巻一号 四三頁以下、二号 一頁以下、同・不作為の因果関係 同誌第一五巻四号 三七頁以下、同・不作為犯における故意および過失 同誌第一六巻五・六号 二九頁以下。

(28) Radbruch, Der Handlungsbegriff. op. cit., S. 143

(29) Radbruch, Drei Strafrechtslehrbücher des 19. Jahrhunderts, in: Rosenfeld- Festschr. 1949. S. 24.

(30) 平場・前出六六頁は、「法律効果としての刑罰を結びつける構成要件たる犯罪の形式的概念」として居られる。例えば事実の欠缺（Mangel am Tatbestand）を構成要件の欠陥というのが奇妙に聞こえるように、ドイツ語の Tatbestand には、本来、（構成要件的）事実という意味が第一次的にあり、「構成要件」とこれを訳出するのは、むしろ、一九〇五年、一九〇六年以後のベーリングによる右の概念の明確化を経た後に限定すべきであろう。

(31) 野田訳・前出七六頁以下。そこでは、「行為とは、外界における何らかの変化がよび起した自発的な身体動作」とあるが、willentliche Körperbewegung は、本文のようにした方がよかろう。それから、「行為の自然主義的な概念は、構成要件該当性、違法性、担手（Träger）への帰責性（Zurechenbarkeit）といったような一層たちいった犯罪の特徴に役立たせるには全く適しない」とあるが、本文のように読む方が分りよい。但し、この部分について、「法概念と法素材」三四九頁では den weiteren Verbrechensmerkmalen der Tatbestandsmässigkeit…zum Träger zu dienen とあるが、「刑法体系」一九三〇年では、この部分は den weiteren Verbrechensmerkmalen, der Rechtswidrigkeit, der Zurechnungsfähigkeit, der Tatbestandsmässigkeit, als Träger zu dienen とあつて、この方が分りやすい。

(32) 野田訳・前出七七頁

(33) この点については、宮沢・社会的行為論――学説史的考察――　綜合法学五巻一二号　三二頁以下に詳しい。

(34) Radbruch, Zur Systematik. op. cit., S. 155 ff.

(35) Radbruch, Über den Schuldbegriff. ZStrW. Bd. 24. 1904. S. 333 ff. bes. 335 ff. 348.

(36) Radbruch, Zur Systematik. op. cit., S. 161.

(37) Radbruch, Die Begriffsbestimmung der Fahrlässigkeit im Strafgesetzentwurf, Monatsschr. f. Kriminalpsychologie. 20. Jg. 1929. S. 617 f. カウフマンは、この論文の意義を高く評価する（Radbruch, Der Handlungsbegriff. op. cit., S. IX f.）。

(38) Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961 に詳細に論じられている。しかし、全く明確な形であつたといえないにせよ、過失における客観的要素をラートブルフも意識していたことは、注目しておいてよいであろう。

(39) Radbruch, Die Begriffsbestimmung. op. cit., S. 618.

(40) Radbruch, Zur Psychologie der strafrechtlichen Schuldformen, Monatsschrift für Kriminalpsychologie. 14. Jg. 1928. S. 296 ff.

(41) 田中訳・法哲学　三四三頁

(42) Radbruch, Zur Psychologie. op. cit., S. 299. 田中訳・前出同頁

(43) Radbruch, Zur Psychologie. op. cit., S. 300.

(44) 碧海訳・法学入門　一五〇頁以下、田中訳・法哲学　三四三頁をも参照。

(45) Radbruch, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, in: Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts. Bd. 12. 1938. S. 46 ff. 幸にしてこの雑誌は全部復刻された。ラートブルフの論文は、「行為概念」のモノグラフィーの附録として、その一六七頁以下に再録されている。

(46) この点について、私は、構成要件論と類型論をまとめるつもりである。ナチスのこの問題については、Schweickert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling. 1957. S. 94 ff. に詳しい。

(47) 戦争中の「類型論」については v. Weber, Grundriss des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1948. S. 52. Maurach, Strafrecht, Allg. Teil 3. Aufl. 1965. S. 211 ff.

(48) 判例に現われたものとしては、RG. Bd. 74. S. 202, Bd. 76. S. 62, ebenda S. 80 がある。

(49) カウフマン・法哲学の諸問題 二一五頁以下、特に、二六六頁以下を見よ。

(50) Hassemer, Tatbestand und Typus. 1968. をみよ。これは、A. Kaufmann, Analogie und „Natur der Sache." 1965 の中で、ラートブルフの類型の思考を類推の際に用いられる触媒の機能があるとして、「事物の本性」という不明確な概念の代りにこれを用いようとする意図をさらに推しすすめたものである。