

目的的行為概念と不作為

— 忘却犯との關係において —

一 はじめに

犯罪とは、構成要件に該当し、違法、有責な行為である。これは準拠すべき行為論の基礎づけのちがいはあっても、一般に妥当する犯罪の定義といえるであろう。しかし、刑法的評価の対象となる行為の概念は、この定義の普遍的承認とは裏腹に錯綜をきわめているといつてよい。その中核的地位にあるものが不作為の概念である。不作為は犯罪概念の基底をなす行為概念に包摂されるか否か。これが刑法理論のアボリアの一つだ。周知のように、ハンス・ヴェルツェルの「目的的行為論」は、存在論的見地に立って、不作為を行為概念から排除し、犯

都 築 廣 巳

罪概念の基底として行為にかわる「行態」(Verhalten)なる概念をあててことを提示している。これは果たして理論的にも実践的にも妥当な処置といえるのかどうか問題のあるところである。

そこで、本稿は同じく目的的行為論を立論の基礎としつつ、しかもヴェルツェルの存在論の方法論的誤謬を指摘し、かつその上で目的的行為論に対する有力な批判的見解に一つの反批判を加えることを一方の目的とし、他方で、争いの多い過失犯の問題性とくに「忘却犯」の問題性につき構造論的検討を加えることを目的とするものである。さらに、方法論として実体存在論から機能存在論への転換をはかることを本稿は大きな目的としている。

る。

二 機能存在論と不作為

犯罪概念の基底をなす「行為」、換言すれば、前法律的な「はだか」の行為を存在論的に確定するということは、法の規範的評価の対象をカテゴリー形成する有意意味な手続きといえる。ただし、価値は存在論的「實在」を前提とし、それに依存しているからである。構成要件の行態もまたかかる存在論的カテゴリーを離れては思惟されえない。因果的行為論が有意性 (Willkürlichkeit) と有体性 (Körperlichkeit) とを行為概念の構成的メルクマールとしていることは、この限りでは正しい核心をついていよう。しかし、因果的行為概念が不作為を包摂しうるかといった問題では、この二つのメルクマールからみて疑問視されていることは周知である。

それでは、目的的行為論においても不作為は行為概念に包摂されえないのか。これが問題だ。ヴェルツェルによると、行為と不作為とは、存在論的にはAと非Aとの関係に立ち、即目的不作為は存在せず、存在しているのはただ一定の行為の不作為である、と。したがって、不

作為とは単なる「無」ではなくて、行為者に可能な行為の不作為であって、それは目的的な行動力——人格の潜在的目的性——の範囲内にある行態に包摂される、とする⁽¹⁾。アルミン・カウフマンの見解も同じ文脈で理解できる。目的的行為性に関しては、不作為の構成的メルクマールが潜在的——目的的行為支配であるから、不作為には「現実的な意思活動」は必要でなく、人格に可能な意思活動でよいことになる。したがってまた、不作為には固有の因果性も目的性も否定される論拠ともなっている⁽²⁾。

ここから論理必然的に、不作為には実現意思したがって事実的故意も作為犯とはちがって否定されている。「意欲的」不作為はあっても、それは「意識における不作為」にすぎないことになる⁽³⁾。このように、ヴェルツェル—カウフマンの不作為論は、存在論的に不作為の目的的行為性を否定してしまうが、ここには検討を迫られる存在論的誤解が前景に現われている。不作為を行為概念に包摂しえない結果、犯罪概念の基底として行態をもって置きかえることの当否も前景に現われてこよう。これらの問題を以下に順次考察の対象としてみたい。

(一) 主体と人格、状況と自由

人間存在に固有の問題は、存在論的次元における人間の考察を離れては思惟されえない。価値論的考察もまた存在論的に把握されうる人間像を前提としなければならぬであろう。われわれ人間は、具体的状況で主体として活動する。しかし、その活動が積極的にも消極的にも行為といえるためには、人格性の契機が必要となってくる。人格なき行為は行為の抜け殻がらにすぎない。それでは、主体を人格に高める契機は何か。これが問題だ。

思うに、この実在の世界において、われわれ人間はつねに具体的状況に位置づけられている。この実在の事実は何人も否定しえない。このとき状況はわれわれに何を迫るか。われわれは、良きにつけ悪しきにつけ何かを決断することなしにこの状況をくぐり抜けることはできない。われわれは因果的に決定されつくした実在の世界にあって、なお決定する自由をもっている。自由は「非決定論」を必要としない。徹底した「決定論」の地平に立って、われわれは決断の自由をもっている。カントのいう「積極的意味における自由」すなわち「加重の決定」がこれだ。具体的状況で主体は当為に直面する。しかし、当為それ自体は主観的なものでも客観的なものでもない。

存在活力もない。「かくあるべし」の当為は実在の矛盾を前に主体に当為の実在化を迫る。しかし、ここで直ちに「かくあるべし」の当為が「かくなすべし」の当為に転換するわけではない。主体の能力を前提とし、しかも主体の自律性に依存しなければならない。価値は直接に実在を規定することはできない。主体を媒介としてのみそれが可能となる。当為に志向する主体のみが当為実在化の契機となる。価値の実在決定は主体を媒介とする「間接的」なものであること、これは強調されて然るべきだ。人間のエートスは、単なる観念的形象ではなく、それにはつねに活動性が随伴しているのであって、ここにわれわれは主体を人格に高めうる端緒的契機を覚悟するのである。価値を起点とする実在の決定に主体は媒介的主体として観念的領域から実在的領域への架橋の役割を果たすものであるが、それは主体を人格主体へ転換する重要な側面である。つまり、主体は単なる「存在論的本質」の域をはみでて、「価値論的本質」へと移行するのである。人間は活動する主体として、つねに、「具体的状況」に位置づけられている。この「活動性」が、あるときは作為的行為として、またあるときは不作為的

為として、価値・無価値の担い手（基体）となるのである。この価値・無価値は、一方では道德的価値・無価値となつて現われ、他方では、構成要件の状況が問題となるところでは、法的価値・無価値となつて現われるものといつてよい。人格性の第一の契機は、自由であり、第二の契機は、価値・無価値の基体たる活動性にある。

このようにみてくると、人格性の本質構造が、一面では存在の構造であり、他面では価値の構造をなしていることがわかる。人格性の構造がこの二面構造であることを看過してはならない。すなわち、存在論的形象における人格は、自我と非我との関係——換言すれば主体と客体との関係ないし主観と客観との関係に立ち、価値論的形象における人格は、自我と他者との関係——換言すれば、人格と人格との関係に立っている。ただここでいう自我は、存在者として静態に把握すべきでなく、自己、自立の意味において把握され、したがって「生起」と結びついた主体的行為として把握できると思う。すなわち、自我は存在論的動態(性動)の構成形式として理解しなければならぬ。したがって、人格もまた動態において現象するものといえる。人格性の第一の契機が自由にある、

ということとは、換言すれば人格の本質は自由の本質である、ということである。自由は具体的状況における、具体的自由である。人格が人格たりうるのは自由が自律性を意味するからである。自由は構造生成の動態においてのみ存在する構造カテゴリーである。したがって、自由は人格構造生成に不可欠の構造の個別化の原理として作用する。存在論的形象における自我と非我の相関関係、価値論的形象における自我と他者の相関関係はそれぞれ構造存在論的カテゴリーにあるものといえよう。価値論的形象における人格も、人格対人格の関係においてはじめて存在論的に實在の所与となる。すなわち、われわれ人間は、一面では存在論的に基礎づけられた存在論的形象として、實在の世界の真只中に位置し、主観と客観との相互関係を維持しつつ——別言すれば、主体—客体の関係を維持しつつ、他面では価値論的形象として自己の人格と他者の人格との相関関係において互いに承認し、反目し、意欲し、行為する主体を形成しているのである。かような人格対人格の世界にあってはじめて規範はその妥当性を有するものといえる。単なる主体ではなく、人格主体に対してのみ当為は妥当するものといつてよい。

けだし、ここでは責任を負いうる主体が前提になっているからである。人格性を基礎づけるものは自由であり、価値・無価値の基体たりうるものは人格的活動である。人間は「約束できる存在である」(ニーチエ)。

ところで、主体と人格との関係は、カテゴリー的にはどのような関係に立っているのか。人格性は、カテゴリーで言えば主体の上部構造をなすものといえるから、カテゴリー構造で言えば、人格性は主体に依存しているものといつてよい。この意味で、カテゴリー的には、人格性は弱いカテゴリーであり、逆に主体は強いカテゴリーということになるから、主体なき人格は抽象的・観念的構成にすぎない。別言すれば、主体性なき人格性は、存在論の本質にも価値論の本質にも符合しない、ということである。以上の考察を通してわれわれは、人格主体の行為にはじめて行為といえることを明らかにしえたと思う。それでは次にどのような行為が人格主体の行為として把握されるのか、当然検討を迫られる問題である。これは無論タオトロジーではない。

(二) 目的活動性と不作為

人格主体は、具体的状況において行為への決断を迫ら

れる。行為はつねに未来に向かってのみ意味をもっている。未来を予見し、実在の世界における法則性と因果性についての自己の知悉しじつに基づいて計画的に予定をたてる。これが通常人間の行動パターンである。類型的状況には類型的行態が対応している。これが普通の形態である。

この過程を内容的にみると、当為実在化の過程として把握されうるのである。けだし、意欲の背後には当為があるから、すなわち、人格主体は具体的状況における決断の自由を前提とし、自己の行為能力の範囲内で一定の目的を設定し、次いでその目的実現に必要な手段を選択し、目的を実現する。なんととなれば、未来を予見し計画的に予定をたてることができるのは人間だけの能力だからである。予見と予定と自由と価値諦視能力とは、人間にのみ与えられた神性の述語である。そして、予見と予定とは、カテゴリーで言えば、「目的活動性」に他ならない。

第一の目的の設定と第二の手段の選択とは、意識の中でのみ進行する。したがって、目的活動性は意識なしでは進行しない。第三の目的実現の過程は、実在の世界における時間流に沿った因果的事象である。しかし、目的により手段が予め規定されている点で自然的因果的事象と

も異なっている。目的系列に特有の過程は、第二の手段選択の過程といえるだろう。ただし、ここでは意識の中で実在の時間流とは逆行する形で手段が規定されるからである——手段の遡行的決定。目的活動性——端的に目的性——は意識なしでは進行しないが、意識がつねに活動遂行に随伴している必要はない。目的についての意識が存在し、手段についての意識が存在すれば（ただし存在しないこともある）、目的系列の活動性に支障はない。目的系列においては、全体の事象が目的に規定されるから、手段は実在の「原因」となっている。手段それ自体も系列をなしているから、因果的事象における原因—結果の関係が、目的—手段の関係に転換されることがわかる。因果の系列においては、時間流における後者が前者により規定されるが、目的の系列においては、時間流に遡行して後者により前者が規定されることになる。カテゴリーで言えば、低い存在層にある因果性を高い存在層にある目的性が被覆決定することになる。カテゴリー的に高い形式は、低い形式に依存することになるから、目的性は因果性を前提としていることになる。

ところで、目的の設定とは何を意味しているか。「か

くあるべし」の当為に直面したとき、具体的状況において人格主体は価値と価値との選択を余儀なくされる。価値と無価値との選択に立たされるのではない。人格主体は、一方の価値を捨て他方の価値を選択する。人間は価値あるものしか目的として設定できない。「何人も悪のために悪を行えない」（ソクラテス）。窃盗犯にとって、他人の財物は財価値であり、殺人犯にとって他人の生命は同じく財価値である。このように、目的は価値定立の形式であることがわかる。そして、この意味で、単なる主体ではなく、人格主体にしてはじめて目的を設定するのである。すなわち、目的の設定は価値定立の形式であり、かつ、人格的決断の形式、である。ここから、また既述のこととあわせて考えると、目的系列に固有の目的的性格は第二の手段の遡行的決定であり、それゆえにまた、人格主体による当為実在化の形式は目的系列にのみ与えられうるのである。具体的状況において、人格主体は決断せず、活動もせず停滞している観を呈しているときでさえ、決断を余儀なくされているのである。すなわち、状況が人格主体には強制として働いているのである。それは外的強制にとどまるものではない。人格性の真髓

に触れる力として働くのである。ここにまた、人間の道徳の本質が具体的状況における「自由」に依存していることを窺い^{うかが}知ることができよう。目的的决定だけが當為に従いうるものといってよい。

さて、いよいよわれわれは問題の「不作為」が目的的行為のカテゴリーに包摂されうるかどうかの検討を迫られることとなった。

すでに述べられたことを道標^{みちしるべ}として、少しづつこの問題解明の糸口をつかむことにしよう。目的は価値定立の形式であるから、単なる表象や主観の領野にとどまるものではない。また、主体は人格性を支えるカテゴリー形式であるから、主体性なき人格性など内容空疎な観念の域を出ないであろう。別言すれば、人格的決断の形式たる目的は、人格主体の「主体性」の顕現である。主体性は、行為者主体の主観を起点とする限りにおいて、主観性の陰影をとどめるが、しかも主観性を超出する観念である。主体性は、カテゴリーで言えば、目的活動性に他ならない。ただし、予見と予定とを媒介としない主体性はなく、しかも予見と予定とは目的活動性のカテゴリーにあるからである。目的性なき行為は行為の仮象にすぎ

ない。かような行為は価値・無価値の基体たりえず、當為の要請に答えることはできない。この観点に立つてみると、「目的系列が単なる因果系列をこえるものであることをあきらかにするためには、目的の設定・実現に、行為者の主体的作用が働くことを明らかにする必要がある⁽⁴⁾」という批判は意味をなさない。なんとすれば、具体的状況における自由を前提とした人格主体の決断の形式たる目的は、価値定立の形式であり、かつ、主体性の顕現現象であるからである。むしろ、批判の論者が、主体性を強調しつつ目的性を否定する立場を固執するのは、論理的整合性を欠くばかりか、行為の実践的意味を看過することになりはしないか。ただし、前述の如く、主体性は人格性のカテゴリー形式であり、かつ、カテゴリーで言えば目的活動性に他ならないからである。そればかりでない。目的性なき行為は行為の仮象にすぎず、静態にとどまっていはしないか。われわれは、行為を構造として把握しその動態を問題としてしているのである。

人格主体は、具体的状況ないし構成要件の状況において、自己の行為能力の範囲内で一定の価値意識をもつ。認識関係に立たされることになる。これが実在の第一の

決定形式である。しかし、まだ目的ではない。認識は客観に変更を加えないからである。第二に、当為実在化の形式たる目的系列に介入する。目的の設定↓手段の選択↓目的実現、この図式がこれである。主体は活動に自由ばかりでなく、不活動の自由ももっている。目的活動的作爲と目的活動的不作爲との自由である。しかし、受動態における単なる不活動は存在論的には「無」であって、道徳のないし倫理的には「無価値」である。なんとすれば、この場合には、人格主体は、価値と目的とに関心を示さないからである。倫理的不活動ではなくて、存在論的不活動の場合は事情が異なる。人格主体は価値と目的とに志向している。当為実在化の主導性を掌握している。不作爲に出ることで「何かを喚起」しうる状態にある。場合によっては、「何かを生成」しうる状態にある。何故か？ 具体的状況における結果回避可能性を前提として、人格主体は自己の行為能力の範囲内で、「かくあるべし」の当為に従う、従わないの自由もっているからである。われわれは、「何かを喚起」する不作爲を機能的に考えてみなければならぬ。機能的なるものの存在は「他のものうち」にあることに気づかな

ければならない。これに反して、実体的なるものの存在は「自己のうち」にある。この基本的な存在原理を看過して事を論ずることは許されない。機能にはその本質上、基本的に活動性格が随伴している。機能性の機能は「規定性」にある。人格性の契機は活動性にある。それゆえに、人格主体の主体性の顕現する目的活動的「不作爲」は、機能的行為といえるのである。

さらに、機能は他の機能と連動して「構造」を形成する。それゆえに、不作爲は作爲と連動して「行為」を形成する。こういってよい。目的活動的作爲のみならず、目的活動的不作爲もまた、目的的行為概念のカテゴリーに包摂されうる。

すでに述べられたように、ヴェルツェルは行為と不作爲とは、Aと非Aとの関係に立っているから、存在論的には、不作爲は可能な行為の不作爲であって、行為ではない、と結論づける。しかし、これは不作爲を「実体存在論」のカテゴリーに包摂しようとするもので、方法論として誤謬を犯している。不作爲を実体存在論的に基礎づけることは無理である。不作爲も作爲も動態において把握されねばならない。なんとすれば、両者とも、一定

の状況では、「何かを喚起」し、「何かを生成」しうるからである。不動の形相だけが存在論のカテゴリーではない。生成の過程もまた存在論のカテゴリーにあることを看過してはならない。構造、システム、相関性、機能。

これらすべてが存在論のカテゴリーにあることを力説しておきたい。とくに、法の次元では、実体存在論的に存在関係を把握することはむずかしいのではないか。また、不作為は「目的的行動力」の範囲内——したがって、目的性としては潜在的な目的性——にある行態にある、とする見解も誤りである。まず第一に、人格主体は、具体的状況で、意識的に目的を設定し、その目的実現の手段として、「何か」を選択しているのである。たとえば、乳児を殺害する目的を設定し、殺害方法として「授乳しない」手段を選択したとせよ。目的系列においては、すでに述べられたように第二段の手段的決定が固有の意味をもっているのである。乳児が死亡すれば、それはこの手段(授乳)の結果といえること明白である。目的系列においては、手段の系列が「原因」となること、これまた既述の如くである。目的性は顕在化しているではないか。授乳することを忘却した場合はどうか。常時授乳

すること、養育するという目的は歴然たるものである。

目的系列は、目的についての意識が存在すれば、進行する。目的設定→手段の選択→目的実現の全過程に意識が随伴するのは、むしろ例外的現象といえる。逆に、目的意識が顕在化すれば、時間流において「無意識」の状態が介在しても目的系列が進行するという事態を「無意識」の目的活動性を認める根拠とすることは誤りである。情操でさえも他者の人格への志向性をもっているのである。人格を対象するあらゆる活動性——したがって、不

活動性もまた——が、目的系列をカテゴリー形式として即自的にもっているのである。行態が潜在的な目的性をカテゴリー的に包摂しているとすれば、不作為とは要するに、潜在的には活動性格をもっていることを宣明したようなものである。活動性格は潜在的に存在しているが、実践的にはそれが欠如している、ということになる。かような不作為には「何かを喚起」する能力、ましてや「何かを生成」する能力は期待しえないであろう。犯罪概念の基底をなすものは行為である、と主張し、一方で不作為をも包摂する行態概念をかようなものと把握することは、論理的整合性においても、概念の統一性におい

ても妥当とはいいがたい。ヴェルツェル—カウフマン的不作為は、意欲的不作為においても意識における不作為にすぎないことになっているが、これが誤りであることも概ねこれまで述べられてきたことから明白であろう。ヴェルツェルは、不作為に関しては、實在の決定の第一段階(述)の認識關係に停頓してしまっている。

次に、カウフマンによると、不作為には人間の因果性がないから、目的性も否定されることになる。實在の決定形成には因果性の他に目的性があるが、カテゴリー的には、高い目的性が低い因果性を被覆決定することになる。しかし、高いカテゴリーは低いカテゴリーに依存することになるから、低いカテゴリーたる因果性が否定されると必然的に目的性も否定されることになる。目的性は因果性をカテゴリー的に前提としているのである。そこで、カウフマン所説の当否が問題となる。

目的系列においては、手段が原因をなしているから、人格主体が「不作為」を手段に選択すると、その手段は目的に規定され、目的系列の全系列がその手段に規定されることになる。つまり、その手段は因果の始まりとして——換言すれば、人間の因果性として結果へ全事象を

導くのである。さらに、視点をかえてみると、具体的状況における結果回避可能性がなければ、そもそも因果性など問題になりえないから、当然のことながら、結果回避能力を「原因者」として把握しうることになる。⁽⁵⁾ ヘルツベルクのこの思索は目的的行為論の立場からなされたものではないが、少なくとも不作為の因果性を肯認しうる一つの糸口をなしていることは否めない。しかし、目的的行為論においては、手段の系列が「因果の開始」であることは明らかであるにもかかわらず、目的的行為論者がこのことを閑却しているのは、疑問というほかなく、この点にまた批判という名のおびただしい誤解が伏在している事実も敢えて公言すべきときであろうかと思う。

その他、実現意思、故意等もすべて作為と比べて消長を来たすものではない。

以上の考察から、われわれは目的的行為概念に不作為を包摂しうるということ、それを可能にするのは「機能存在論」につきるといふことを確認しえたと思う。作為と不作為とを統一する上位概念として、行態を提示することは、目的的行為の概念形象としては無意味というよりは誤りである。

三 過失犯の目的的構造と不作為

刑法上、過失犯に固有の問題性は、過失犯が社会的対象としては、社会的にはむしろ望ましい目的に向けられた行為から生ずる点にある。故意犯が社会的に有害な結果に向けられているのに反して、過失犯はむしろ有益な結果に向けられているのである。目的的行為論の立場では、過失犯は、すでに構成要件の段階で区別される。これは目的的行為論だけが可能とする理論的功績といつてよい。しかし、それにもかかわらず、目的的行為論の過失理論に対しては、幾多の批判が集中している。目的的行為論における過失犯理論には、その構成上難点があるのだろうか。若干の批判を手がかりにしてその面に検討を加えることとしよう。

まず、過失犯論の前提をなす目的的行為それ自体に対する批判として、「第一に、目的という主観的・心理的要素だけでは、行為と行為者人格との結びつきが稀薄になる」⁽⁶⁾。この批判に対しては、すでに述べた⁽⁵⁾を参照しても⁽⁷⁾、(こと)から明らかなように、目的的行為論「少なくとも私見の目的的行為論には全く支障がないものといつて

よからう。具体的状況における自由、すなわち、当為に對する「自由」を前提として、人格主体は目的を設定する。この目的は価値定立の形式であり、人格的決断の形式である。人格性の契機は活動性にある。これがまさに価値・無価値の基体たりうるのである。行為と行為者人格とは緊密に結びついているのではないか。論者の批判はさらに、「目的というだけでは、行為者人格の主体的な面も充分にあきらかにされていまいとおもう。素質・環境の制約を受けながら方向づけをして行くという消息は、目的の設定・実現というだけでは把握されえない。その目的の設定・実現そのものが主体的に行われることがあきらかにされなければならない」⁽⁸⁾。この批判も、すでに述べられたことから妥当でないことが明らかである。くり返して言えば、目的は単なる「主体」ではなく、「人格」主体による価値定立の形式であって、カテゴリー的には「主体性」なき「人格性」は非在。しかも、予見と予定とを欠いた主体性はない。これも明白。予見と予定とをカテゴリーで言えば、「目的活動性」である。したがって、主体性とは、カテゴリーで言えば、目的活動性に他ならない。目的の設定が「主体性」の顕現であ

ること、これは当然のことである。さらに、論者は、「第三に、目的性を行為概念として要求することは、行為の主体性をみとめるためにも過多の要求だとおもう。行為の主体性がみとめられるのは、目的の設定という意識的な心理作用が働くばあいには限定されるものではない。主体的な人格態度は、微弱意識ばあいによっては無意識のうちにもみとめられるのである。ところが目的性を行為の要素とみる以上は、過失犯を行為と考えることは無理である⁽⁸⁾」。しかし、くり返し述べているように、予定と予定とを欠いた主体性を批判の論者は認めないであろう。「無意識」の主体性を肯認しているようであるが、それが、全く「意識」の介在しない主体性を意味するものならば、無意識の目的活動性の容認と同じく誤りである。主体性、そしてそのカテゴリー形式である目的性は意識なしでは始まらない。しかし、意識がつねに目的性に随伴している必要はない。手段の選択でさえも、通常は、無意識の裡に行われるのである。目的系列につねに意識が随伴している事態はむしろ例外的現象である。批判の論者が無意識の主体性と認めるものは、実は、現象的には、無意識の行為とみえるが、その内実は「合目的

性」に他ならないと思われる。生物学的有機体特有の合目的性は、目的活動性のカテゴリーではない。したがって、主体性ではない。目的的行為論に対する批判——その実、誤解——は、過失犯に集中する。批判の論者もまた、目的性を行為要素とするかぎり過失犯は行為ではない、と論結する。しかし、これは著しい誤解の一つである。目的系列は、私見の目的的行為論からすれば、當為實在化の存在論的形式であって、その固有の性格は、手段の逆行的決定の段階にある。手段は目的に予め規定されるから、手段の系列は目的系列の「原因」となるものであって、全系列が手段に規定されることになる。目的實現の過程は、實在の時間流に沿った因果の過程であるが、目的の観点で手段が予め規定されている点で他の因果的事象とは異なっているのである。現象的には因果的事象であるが、原理的には目的的事象である。因果的事象は「開かれている」が、目的的事象は完結している。したがって、手段の選択の誤りは、全事象を支配する目的性の誤りとなる。さらに、目的的事象においては、目的性についての意識が顕在化しておれば目的系列は進行する。さきほども述べたように、目的系列に意識がつねに

随伴している事態は、むしろ、例外といってよい。高々、手段の選択についての意識までが存在しておれば目的系列の進行に支障はない。ここから、意識なき目的活動性を容認しうるかの誤解を生じるが、それは目的活動性のカテゴリーではなく、合目的性の領野である。こうして、故意犯ばかりでなく過失犯も明らかに行為として把握される。さらに批判の論者は、「…法的に無意味な目的性を行為概念にもちこむことも問題である。自動車のわき見運転による人身事故を例にとれば、目標地へむかっての運転という目的的行為や側方のなにかを眺めたという目的的行為に過失致死傷罪の行為の実体をみとめるべきではなく…云々」。いま述べたように、目的系列においては、手段が目的によって予め規定されるから手段の選択の誤りは、目的系列の全事象を誤った方向へと導く。具体的状況の制約の下に自由に基づいた行為者の目的が手段を規定しているのである。手段の選択の誤りは、目的が手段を規定する以上、当為実在化の形式たる目的系列の全事象を—換言すれば、目的性それ自体を法的に有意味にするのではないか。けだし、「かくあるべし」の当為は実在化していないから。また、目標地へむかっての

目的的行為それ自体ではなく、その目的的行為遂行の過程で「わき見」をすることが問題なのである。すなわち、「わき見」は論者の主張とはちがって、「目的的行為」とは解されず、われわれの行為論の立場からは、再三くり返している「手段の選択の誤り」である。また、「わき見」それ自体——不注意——が問題なのではない。わき見との観点における自動車の運転が問題なのである。換言すれば、「不注意」との関係に立つ「作為ないし不作為」が目的的行為論にとっては一番関心事なのである。以上の考察から批判のすべてが批判的論拠に乏しいことが論証されたであろう。

(一) 過失犯における不作為のモメント

過失犯も要するに目的的行為である。しかし、過失概念にはつねに何らかの義務違反の表象がつきまとう。たとえば、「貨物自動車の運転者が、泥酔者の自転車と側面距離七五cmで追い越し、死亡せしめる。法定の側面距離は一、二〇mと一、五〇mである。運転者が法定の側面距離を遵守していても同じ結果が、高度の蓋然性をもって発生したであろう。」(BGH, St. II)というドイツの判例がある。ここでは法定距離の不遵守という義務違反

——注意違反——があることは明らか。あるいは、転轍手が居眠りして転轍を忘却した、とか、海水浴場の管理人が溺死に瀕している子供に気づかず、その子供が溺死した、とか、救拳にいとまがないほど過失犯の事例は多いが、すべてに共通していることは、過失にはつねに、注意の不遵守という「不作為」のメルクマールが付随していることである。ここから、過失犯を不作為犯として構成しようとする理論が登場することも、一応はうなずける。しかし、過失犯の問題はそれほど単純ではない。われわれは、さしあたって、過失犯にはつねに、「注意の不遵守」という「心的不作為」のモメントが付随している事実だけを確認しておけばよい。過失犯が全体として作爲犯として構成されるか不作為犯として構成されるかは、別の視点が必要とする重要な側面である。過失犯にとっては、つねに「不注意」との関係に立つ「作爲または不作為」が処罰の根拠となる。こう考えると、過失犯をすべて、不注意の面から不作為犯として構成することは妥当でないことが明らかとなってくる。いやむしろ、刑法は、シユペンデルが夙に指摘しているように作爲を中心に構成されているといつてよいであろう。(10)

と、過失犯も通常は「禁止規範」に違反する「作爲犯」として構成されなければならない。前例のドイツ判例においては、「余りに狭い側面距離」での「追い越し」という「作爲」が論点をなしている。この作爲と結果との間に因果関係が否定されるとすれば、それで問題は解決済みである。さらに注意の不遵守——不作為——に因果性を求める必要は全くない。

(三) 忘却犯の問題性

ところが、前例の「転轍手が居眠りをして、転轍を忘却する」とか、「管理人が気づかずに救助しない」とかいった事例の場合には、「居眠りを」して、とか、「気づかず」とにかいった不注意、あるいは単に「忘却する」といった不注意との関係で重要なのは、「転轍しない」、「救助しない」といった「不作為」である。行為の社会的意味は、この不作為にあるものといえるであろう。私見によると、どのような場合に過失作爲犯として構成されるか、その基準として、「故意犯」への転換が「方法論」として提示される。つまり、転轍手が故意に転轍しなれば、故意の不作為犯の成立することは明らか。管理人

が故意に救助しなければ故意の不作為犯が成立するの
 明らかであろう。母親がパチンコに夢中になっている様
 態を装って、故意に授乳せず乳児を死亡せしめたとすれ
 ば、不作為による殺人は明らかであろう。この場合、
 「パチンコに興じる」という「作為」と死亡の結果との
 因果性など問題とするに足りないであろう。したがって、
 逆に、この事例で、過失の場合——パチンコに夢中にな
 って授乳を忘却——には、当然、過失不作為犯が成立す
 るものと考えられる。

ところで、いまあげた事例のように、過失不作為犯が
 成立する場合には、不真正不作為犯における「保証者」
 説を前提として、転轍手、管理人、母親等は、当然「保
 証者」の地位に立つことになる。したがって、これらの
 場合には、結果回避可能性を前提として、たとえば、海
 水浴場の管理人には結果の予見可能性に加えて、さらに
 不知の回避が「命ぜられて」いることになる。一般的に
 言えば、構成要件該当性の判断にあたって、過失作為犯
 の場合には、結果についての具体的・個別的予見可能性
 があれば、結果回避可能性は当然このカテゴリーに含ま
 れるから、さらに結果回避可能性のメルクマールを導入

する必要はないが、過失不作為犯の場合には、具体的・
 個別的予見可能性に加えて「結果の回避可能性」のメル
 クマールが必要である。さらに、前述のように、予見が
 「命ぜられて」いることが必要である。この「命令」は、
 転轍手、管理人、母親等が「保証者」的地位にあること
 により生ずる「責務」であって、過失作為犯に妥当する
 一般的注意命令——したがって、条件に依存せず、すべ
 ての状況、すべての人に妥当する一種の「定言命法」
 ——ではなくて、仮言的命法——したがって、条件に依
 存——である。過失犯における客観的注意の普遍性、不
 真正不作為犯における保証者の地位の個別性の観点から
 も、すべての過失犯を不作為犯として構成することが無
 理であることを窺い知ることができよう。過失不作為犯
 は、過失作為犯とはちがって、「命令規範」に違反して
 いるものと解される。この意味で、たとえば、殺人罪の
 規定に「人ヲ殺ス」は、作為的行為と不作為的行為の両
 者を包摂するものと解されるが、不作為によって作為犯
 の禁止構成要件が侵害されるのではない。不作為はどこ
 までも命令構成要件に妥当するのである。殺人罪の規定
 は、その背後に禁止規範と命令規範とを含むものと解さ

れる。不作為による作為犯の実現という表現は、この意味で正鵠を射たものとはいいがたい。

四 おわりに

目的的行為論において、不作為と過失とは最も問題の多いところである。規範に対して、當為に対して自由すなわち自律性を余すところなく可能とする目的的行為こそは、犯罪概念の基底たるにふさわしい「構造」といえるであろう。不作為を機能存在論から「行為」と把握できることも論証されたと思う。また、過失犯は通常作為犯として構成され、忘却犯は假言的命令に違反する過失不作為として構成されることも概ね論証されたと思う。ただ目的的行為論それ自体は、ヴェルツェルの目的的行為論からはかなり逸脱しており、願わくば、微力なる己れをも顧みず新目的的行為論とでも命名したいところである。

- (1) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, S. 200.
- (2) Welzel, a. a. O., S. 201, ferner: Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 66—S. 67, S. 80—S. 81, S. 314 f.
- (3) Welzel, a. a. O., S. 201, ferner: Armin Kaufmann, a. a. O., S. 314 f., auch dazu, Rolf Dietrich Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip, S. 180 f.
- (4) 団藤重光, 刑法綱要(総論)(改訂版), 九九頁。
- (5) Herzberg, a. a. O., S. 36, insbesondere, S. 205.
- (6) 団藤重光, 同掲書, 九七頁。
- (7) 団藤重光, 同掲書, 九七頁。
- (8) 団藤重光, 同掲書, 九七頁。
- (9) 団藤重光, 同掲書, 九八頁。
- (10) Günter Spendel, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag 1961, S. 194.

(東京電機大学教授)