

## 刑法解釈論における故意と過失

都 築 廣 巳

### 一 はじめに

故意と過失との犯罪論体系における位置づけをめぐる論争は、犯罪論の核心をなすものといえよう。本稿は、従来、もっぱら、責任形式ないし責任要素として把握されてきた故意・過失を、それにもかかわらず、責任要素としては把握できないことを論証しようとするものである。故意・過失は、主観的違法要素として把握されるべきであるが、これを直接考察することは、本稿の目的ではない。また、固有の意味での責任要素を個別的に類別し、検討を加えることも、本稿のテーマを逸脱するものである。

### 二 主観的違法要素としての故意・過失

行為者の主観的—心理的要素が行為の違法の性格に影響を及ぼしうるものかどうかは、主観的なものごとくとく責任論で処理しなければならないとした伝統的な理論に慣れたものには、なかなか組しがたく、理解しにくいものと思われるにちがいない。しかし、われわれは、構成要件論・違法論から主観的要素を駆逐してしまうと、たとえば、殺人、過失致死、傷害致死等は、結果の面では、〈人の死〉で共通しており、差等がないから、純客観的見地からすれば、これらは同一構成要件に編入されなければなるまい。これらは、責任段階で、はじめて個別化され、責任の軽重とそれに対応する刑罰が確定する

のか。疑問なしとしない。むしろ、責任段階では個別化された犯罪行為を前提とし、その行為を行為者人格と結びつけて非難するのではないのか。また、主観的意思を度外視しては、未遂は把握しえないであろう。かような問題意識から、まず、構成要件論において主観的・心理的要素は度外視しえないこと、これらが行為の違法の性格に影響を及ぼしうるものであることが、明らかとなる。もっとも、いわゆる特殊的主観的違法要素を承認しながら、故意・過失を一般的主観的違法要素として承認することには逡巡する立場が多い。すなわち、構成要件に主観的要素を導入すれば、それで事足りるとし、あるいは、構成要件を違法類型にとどめず、さらに有責類型として把握すればそれでよいものと納得する模様である。しかし、これらはいずれも妥当とはいえない。意思のみで犯罪の個別化はできないし、行為に組み込まれた意思を除外して、その外部的なもののみ違法判断を下すこともできないからである。行為から意思を捨象することは行為の破壊につながる。かような意味で、主観—客観の全体構造をもった行為に対してのみ違法判断を下しうるものなのである。そして違法性とは判断の客観性が担保

されれば、その対象に主観的なものを含みうるから結局、故意・過失は、主観的違法要素として把握されることになるのである。行為の外部的側面のみで違法性は評価しうるとする見解は、行為の構造を見誤るものであり、また、違法性の本質を看過したものと評しえよう。行為者の主体的意思を度外視しては、行為の社会的意味は把握できないものと思う。

(1) 拙稿「主観的違法要素についての一考察」一橋論叢、第八十六巻第二号(一九八一年)に、故意・過失が主観的違法要素と把握できることにつき論及されている。すなわち、まず、行為の目的的構造を分析し、目的性が行為の客観的形成因子であることから、目的性を行為の形式として把握し、一方、故意の〈知的要素〉と〈意思的要素〉とが、目的性と構造的に同じであることの帰結として、故意を目的性の不可欠の要素として把握できることを摘示した。

### 三 責任論における故意・過失

すでに述べられたことから、故意と過失とは、すでに、構成要件の主観的違法要素であることが明らかとなったが、この両要素がさらに体系的に責任論においても論及されるべき責任要素であるのかどうかは未定である。こ

ここでは、したがって、この面からの検討を迫られている。一般に学説の動向は、故意・過失を責任要素とみることで見解の一致をみているが、これが果たして妥当な解決といえるのかどうか疑問なしとしない。私見の立場では、規範的責任論に立つ限り、その論理一貫性から、故意と過失とは責任要素とは把握できないことが明らかとなる。従来の学説は、心理的責任論が責任の本質を行為者と行為との心理的關係として捉え、心理的事実としての故意・過失があれば責任を肯定し、故意と過失とは責任の形式として把握したことにこだわり、規範的責任論の立場に立ちながら、依然として、故意と過失とを責任要素と解することで一貫している事実も否定できない。心理的責任論はその理論的欠陥のため規範的責任論に克服されたわけであり、規範的責任論を取る以上、その理論構成に忠実であるのが正しい道ではないかと考えられる。つまり、私見によると、責任を〈規範的〉に捉えながら、故意と過失とを責任要素として把握することはまず論理的に矛盾であることが露呈される。それは何故か。まさに責任論の核心に触れる問題なのである。分説しよう。

(1) 当為の存在及び行為主体との関係

責任を規範的に把握するとはどういうことか。行為者が反規範的な意思を形成したことが前提になっていることは明らかであろう。法が規範的に要求する内容と行為者が現実形成した意思とが矛盾していること、これが規範したがってその内容たる〈当為〉(Sollen)の前提であることは周知である。この当為概念こそは、まさしく倫理的価値の本質に属しているのである。ここから、われわれは第一に、責任を規範的に把握するということが価値に関する問題であること、第二に、その価値が存在(存在論的範疇における實在)に依存していることを理解できるのである。そこで、われわれは、実在についての価値論的決定が前景にあらわれていることを見逃すことはできない。心理的責任論が、故意という心理的事実があれば故意責任を肯定するのは次元を異にしているのである。ここに規範的責任論を支持しうる理論的根拠がある。ここでは、行為者がその置かれた具体的行態状況(行為環境)において、規範の要請に適合した行態統制ができるにもかかわらず、それを拒否し、敢えて犯罪行為にでた点に人格的に非難しうるかどうか論点をなしている。責任を〈非難〉(Vorwurf)ないし〈非難可

能性〉(Vorwerfbarkeit)と把握することで、故意・過失に共通な責任概念が与えられる。責任は非難ないし非難可能性としての〈評価〉(Wertung)ないし〈判断〉(Urteil)であるから、要するに無価値判断である。これは、違法性の判断が無価値判断であるのと同断である。しかし、判断それ自体が法の側からなされる〈客観的〉判断であることにも相違はない。ただ、違法性についての無価値判断が行為を行為として把握するのに対して、責任についての無価値判断は行為を判断の対象としつつも、それを行為主体の人格の深みに関連づけて下すところに両者の本質的相違がある。そして、違法論では、故意・過失は行為の目的的構造に組み込まれ行為と一体となつてのみ違法性の判断に服すること前述の通りであるが、責任論では、かような心理的事実としての故意・過失を前提として、それがどのような経過を経て行為者の心内で形成されたかを規範の面から問題とすることになる。そこで、同じ心理的事実を、違法論では事実を事実として評価しているのに対して、責任論では、事実を前提として、価値論的決定を下しているのである。それは、違法論では、法益が前面に現われるように、行為者

の主観的—心理的要素の社会的意味がまず問われなければならぬのに対して、責任論では、行為者の主観的—心理的要素の規範的意味が問われているのである。別言するならば、かような主観的—心理的要素が価値あるものか、それとも無価値なものであるのかの選択に迫られているのである。ただ、この局面におけるアポリアは、当為が直接にこの主観的—心理的要素たる故意・過失を規定しうるかにある。一般的にいえば、価値が直接に実在を規定しうるかの問題である。何故ならば、ここではまさに価値の本質たる当為と存在の関係が問われているからである。ニコライ・ハルトマンの分析によると、当為は存在とパラレルな関係に立つものであつて、認識とパラレルな関係に立つものではないということになる。そこで、当為は〈存在当為〉(Seinsollen)と「レ」ということになる。そして、この当為は、それ自体は主観的なものでも客観的なものでもなく、存在範疇同様に主体(Subjekt)と客体(Object)の面に立っているばかりか、存在(Sein)と無(Nichtsein)の面に立っている点に、範疇から区別される、ということになる。当為は、たしかに実在の矛盾つまりは存在論的決定と対立・緊張関係に

立つものである。そして、この対立・緊張関係を通して、当為は理想的存在当為 (das ideale Sein sollen) から実在的存在当為 (das aktuale Sein sollen) までの広がりを見せるが、存在当為の実在性にとつては、存在と無の中間に位置していることが本質的なのである。<sup>(2)</sup>つまり、〈現にある人間〉と〈かくあるべき人間〉との間にある緊張関係が実在性の程度を規定することになる。<sup>(3)</sup>当為は、しかし、それ自体としては存在活力がなく、それを与えてくれる他者を必要とするから、実在的な存在当為も、それを自分の目標へと導いてくれる傾向能力ないし意図能力をもつ〈主体〉が現存在していなければ何一つ決定できないことになる。ここに価値と実在とを媒介する形象としての主体が要求されることになる。つまり、当為は実在を直接に無条件には決定しえず、媒介物としての主体を通して、間接的に条件つきで決定しうることにするのである。

ところで、この主体とは何か。これが倫理的価値を担いうる主体であることはいうまでもないが、人格性 (Personalität) を具備した人格主体であることが必要とされる。N・ハルトマンによると、この人格性は、主体

が価値の中に措定する行動に現われるものではないとし、意思や目的設定が主体を人格に高めるものでもないとする。そして、人格性のモメントを、〈倫理的自由〉 (die sittliche Freiheit) と〈倫理的価値の担い手〉 (die stützende Werttrügerschaft) の二つに求めている。すなわち、人格の本質は、自由な本質であって、人格主体は自己の行動に価値を設定することができるが、これは行動の対象に置かれた価値とは区別されるものと考ええる。つまり、N・ハルトマンによると、倫理的な価値は設定された目標の価値とは区別されるところの行動そのものの価値として把握されるのである。これは傾聴に値する見解である。われわれは、行為それ自体の価値と行為の中に目的として置かれた価値とは区別することを要するからである。過失犯の実質的違法性を把握する上で、こうした理論構成は頗る意義のあることと思う。<sup>(5)</sup>そこで、人格主体の決断の自由を前提としてはじめて価値は実現できるものと解される。しかも、この人格主体は、行動 (倫理的) の主体でもあるから、当為はこの行動を直接に規定することができる。すなわち、ここでは人格主体の行動を通して、存在当為の〈行為当為〉 (Tunsollen) への転換が

みられることになる。<sup>(6)</sup>この転換は、N・ハルトマンによると、価値に基づいた実在についての決定の屈折 (Bie-chung) であることになる。<sup>(7)</sup>すなわち、存在当為と行為当為との関係は、実在についての価値決定の主体への本質法的拘束性の裏面であって、この転換から、本来は実在的存在当為において価値が志向すべきことを、間接的且つ条件つきにのみ価値は決定できることになる。<sup>(8)</sup>このN・ハルトマンの分析を通して、われわれは、本来は客体についての存在当為により実現されるべき価値が、人格主体の行為を媒介として、換言すると、人格主体の行為が当為により実現されることを確認することができるであろう。そこで、当為による実在の決定は人格主体の行為を媒介としなければならぬことが明らかとなった。約言すると、人格主体の行為のみは当為により直接に規定されるのである。われわれは、かような人格主体を行為主体ないし端的に行為者と呼ぶことができよう。

さて、われわれは、以上の考察から、問題の故意または過失が当為により直接に規定されるかどうかの糸口の一つをつかみえたと思う。故意から検討してみよう。故意は、すでに、前に述べられたことから判断すると、

構成要件論、違法論で確定された事実的故意として、構成要件の主観的違法要素として把握される。この事実的故意が責任論に再登場し、責任要素としても把握されるものかどうかが問題の焦点である。それには多面的考察が必要であろうが、当面の課題としては、当為との関係でもっぱら検討することとしたい。刑法解釈論における故意が、〈知的要素〉と〈意思的要素〉との両要素から構成されていることは周知である。私見の立場では、故意とは構成要件に該当する事実 (構成要件の結果) の認識・認容と解される。そこで故意とは、〈実現意思〉 (Verwirklichungswille) である。故意は行為意思として行為の要素 (目的的成分) なのである。<sup>(10)</sup>この構成要件論、違法論で確定された事実的故意 (存在範疇) が、責任論で再登場し、責任要素として確定されるかどうかである。

思うに、当為が実在を規定するには人格主体 (行為者) の行為を媒介としなければならないということは、裏返して言えば、実在としての意思それ自体は当為に直接には規定されないことを表明することになる。もっとも、意思ばかりか情操のような純心理的モメントも、対象についてのリアルな規定として、つまり、換言すると、行

動として把握することは可能である。また、意思や情操  
 それ自身が価値に反することもあれば、価値意識に反す  
 ることも勿論ありうると思う。しかし、われわれは、刑  
 法上は、かように広げられた倫理的行動の意味に行爲概  
 念を理解することはできない。行爲の価値、無価値はな  
 るほど倫理的行動の価値であり、無価値でありえよう。  
 しかし、倫理的行動の価値、無価値は必ずしも刑法上の  
 行爲価値、行爲無価値と対応するものではない。倫理的  
 行動の一断面のみが、われわれの関心領域なのである。  
 これは否定すべくもあるまい。当為は人格主体の行爲を  
 直接規定することで、間接的に意思に關与しうるにすぎ  
 ない。意思が価値や価値意識に反することのあるのは、  
 前述の通りだが、それはしかし、人間のエトスには行動  
 的性質があるからにすぎず、価値の本質たる当為が実在  
 に現われることを意味するものではない。<sup>11)</sup>ここから、刑  
 法上の責任非難は、構成要件に該当する違法な行爲(行  
 態)に直接向けられなければならない。非難とは、行爲につ  
 いての非難なのである。この行爲についての非難を行爲  
 者に帰せしめうるかどうかが問題の核心なのだ。この手  
 がかりを与えるものが、行爲主体の(人格性)に他ならな

い。すなわち、当為の要請に対して、行爲主体は人格主  
 体として、それに従うか従わないかの決断の自由をもつ  
 ている。それはまた反面からみれば、人格主体の能力・  
 素質及びその時々々の具体的行爲環境に負うところが多い  
 であろう。しかし、この倫理的―規範的決断の自由のな  
 いところでは、もはや、行爲についての非難を行爲者に  
 帰することはできない。人格主体は、一面、価値の担い  
 手なのである。目的の設定それ自体も価値の設定に他な  
 らないし、価値意識したがってまた刑法的にみれば規範  
 意識による目的の選択も、人格主体が価値の担い手であ  
 ることの証左といえよう。その置かれた具体的状況で、  
 責任能力をもつ行爲者は、義務に適した意思を形成し、  
 その行態を統制できたであろうし、それを期待しえただ  
 であろう、という表現の中には、すでにこの間の前提が与  
 えられていよう。ここから、われわれは、人格性のメモ  
 ントを具備した行爲者に対してのみ、その行爲について  
 の非難を帰しうるものと思う。責任とは、人格的非難で  
 ある、という意味も、かように理解すべきである。構成  
 要件論・違法論において確定した行爲者の仕業(Werk)  
 としての(行爲)が、かくて、規範的にも行爲者に帰属

することになるものといえよう。

以上の考察から概ね得られた結論は、当為が直接に規定しうるのは行為であって、意思ではないということ、したがって、意思それ自体を責任判断の対象とすることはできないということ、そして、ここから刑法上の責任を意思責任<sup>(12)</sup>とみる立場は妥当とはいいがたいということである。さらに、問題の核心である故意は、実現意思として、なるほど行動の形式でありしたがってまた対象についてのリアルな規定とはいへうるが、行為を媒介として間接的にしか当為に規定されない。したがって、責任を規範的に把握するかぎり、非難の直接の要素とはなりがたく、責任要素として把握することは、当為の観点から無理である。もっとも、人間の意識は一瞬の閃光の間に行為の全体を把握できる価値意識となつて現われることもある。人格の道徳的価値から生ずる倫理的価値感情がそれである。これは、原初的な価値意識といつてよからう。このような形で倫理的価値が意思を規定することはありえよう。ましてや、法の禁止する法益侵害へ向けられた意思を拒否する規範意識が、固有の倫理的価値をもっていることは否めない。しかし、かような価値意識、

規範意識こそは、行為者の人格性のあらわれであって、法益侵害に向けられた意思とは対立・緊張関係に立つ主観的—心理的モメントなのである。ここから、規範意識の裏返しへの違法性の意識は、故意とは独立の責任要素なのである。この点については後述されるであらう。

たゞ、ここで誤解をさけるために述べておかねばならないことは、ここで問題となつている価値意識、とりわけ、その原初的な価値感情は、人間の人格性の本質から端的に現われる意識なのであって、意思や行動性に先行するものである、ということである。法のレベルでは、法意識とか法感情と呼ばれるものがこれである。人間は価値あるものしか目的として設定できないわけ——つまり、価値あるものと直観され知覚されたもののみを意欲の目的として設定できるわけであるから、その反面として、無価値なるものを意欲の目的として設定することは、いきおい、この原初的価値感情と対立・緊張関係にたつことを意味する。この意味では、法的レベルの法意識も同断である。この法意識は、故意とは意識構造を異にしているのである。さらに、違法性の意識なる概念が、この法意識とは別の次元の規範的要素を意味するものならば、



いよいよもつて、故意とは袂を分かつたねばならないのである。これは、違法性の意識が責任要素であるかないかに関係がないものといわねばならない。

次に、当為と過失との関係を検討してみよう。過失は故意と並んで主観的違法要素として把握されることも、すでに述べられたことである。ここでの問題は、過失をさらに責任要素としても捉えうるか、にある。

従来の伝統的な理論は、過失を故意とともに責任形式として把握していることは、これまた周知である。しかし、ここにも疑問なしとしない。過失は、私見によると、主観—客観の複合概念であることが明らかとなってくるが、過失を主観的違法要素として把握する立場でも、それは構成要件の過失<sup>(14)</sup>として把握されているのであって、その間にニュアンスの違いのあることは否めない。

私見による主観的違法要素としての過失は、過失犯の構成要件の概念的メルクマールとして把握される（客観的注意違反）とは異なる観念である。この客観的注意違反は、むしろ、過失犯の構成要件の客観的違法要素として把握される。過失犯にとって特徴のある事態は、行為者が、その置かれた具体的状況の下で、客観的事態につ

いての誤った認識をえているということである。この誤った認識を是正すべき意思活動の懈怠としての不作為のモメント——規範的考量はまだ働かない——に主観的違法要素としての過失の固有の意味がある。もつとも、意思活動の不作為が必ずしも構成要件の結果の実現を可能とするわけではない。自動化した目的的行為の外部統制により結果の回避は可能である。そこで、客観的注意違反が行為者の客観的事態についての誤った認識に還元しうる<sup>(15)</sup>ときにのみ、それを限度として、行為者の当該事態における（意思活動の不作為）たる不注意な主観的モメント——したがって、純然たる存在範疇における心理的事態である——に過失犯の主観的違法要素を認めることができる。

さて、このように、構成要件論、違法論において、主観的違法要素として把握された過失が、責任論において再登場し、責任要素としても把握されるかどうか、ここでの焦点をなしている。責任論においては、単に精神の緊張・意思の集中といった純心理的事態それ自体が問題なのではなく、それを懈怠し義務に適した行態統制が出来なかつた点を非難しうるかどうかが重要な論点をな

していることは改めていうまでもなからう。ここでも責任能力のある人格主体の行為(態行)が問題の中心に据えられている。すなわち、行為者は、責任能力ある人格主体として、その置かれた具体的状況で、客観的事態についての誤った認識を是正すべく意思活動をしておれば、客観的注意に違反する行為(態行)を回避しえたかどうか、その「期待可能性」があるかどうか、が問われている。換言すると、行為者に客観的注意違反についての主観的予見可能性があったかどうか、予見を期待しえたかどうか、が前景に現われることになるのである。そこで、責任論においては、客観的注意違反についての「主観的注意義務違反」が論定されねばならない。かような前提のもとに、われわれは、当面の課題である責任要素としての過失の適格性の有無についての検討に入ることとしよう。

この際、注意を要するのは、過失の積極的側面たる客観的注意違反は構成要件の(過失犯の意味での)構成要件として、すでにその体系的地位は構成要件に確定していることである。問題なのは、主観的違法要素としての過失の消極面——すなわち、瑕疵ある心理的事態が、責任を構成する要素となりうるかどうかである。構成要件的過失

の概念的メルクマールとしての客観的注意違反とは、厳密に言えば、客観的注意違反の行為ないし行態なのである。これは、要するに「過失行為(態行)」である。そして、この過失行為の主観的メルクマールが、目的性(Finalität)と不可分に連動する「瑕疵ある心理的事態」に他ならない。したがって、かような心理的メルクマールは単なる非故意として片づけられる単純な問題ではない。行為者が、構成要件の結果を認識しなかったという「心理的事態」と認識しえたであろうという「規範的考量」とを混同してはならない。同様に、構成要件の結果に導く客観的事態についての誤った認識を得たという心理的事態と、その誤った認識を是正しえたのであろうという規範的考量とは区別されねばならない。責任を規範的に把握する規範的責任論の立場では、ここでもまた心理的モメントそのものを責任要素として把握することには難色を示さざるをえない。責任能力ある行為者が、その置かれた具体的行為状況で、客観的注意に違反しない行為統制が可能であり、かつ、期待しうるにかかわらず、これをなしえなかった点が非難されるのである。ここでも行為についての非難がなされるわけで、つまりは、責任

判断の対象は、過失の行為そのものであって、この行為についての非難を行為者に帰せしめうるかどうかが論点をなしている。過失行為<sup>(態行)</sup>も目的的行為であり、その目的性に不注意な心理的モメントが不可分に連動しているのである。したがって、目的的行為論の立場からは、目的性は、故意・過失に共通の「行為の形式」なのである。このことは、前述の考察の中では触れなかったが、故意は目的性の不可欠の要素であり、行為の客観的形成因子であることからして、いわば当然の前提であるからである。しかし、いまここで、故意と過失とを目的性という共通の基盤に立って述べることは無益ではないであろう。すなわち、故意は故意行為における行為の形式であり、過失は過失行為における行為の形式である。そして、故意行為と過失行為とは、それぞれ、目的性という共通の基盤の上に立っているのである。そこで、当面の責任要素との関係でいえば、故意と過失とは、行為の形式であって、責任の形式ではないから、責任要素ではない、といえるのである。しかし、目的的行為論に立却しなくても、すでに、故意は、当為との関係で責任要素とは解されず、過失も、その主観的——心理的側面——主観

的違法要素としての過失——は、存在論的範疇における實在であって、それ自体が当為に直接に規定されることはないから、同じく、責任要素とはなりえない。人格主体の行為を媒介としてはじめて、間接的に、条件つきで規定されるにすぎない。すなわち、この条件は、人格主体の人格性のモメントとしての「倫理的決断の自由」と「倫理的価値の担い手」であり、また、人格主体のもつ「素質」であり、その置かれた「具体的行為環境」である。こうした条件の下に、行為についての非難を行為者に帰することができる。瑕疵ある心理的事態は、事実的故意と同じく責任判断の前提であって、その対象ではない。倫理的価値の本質たる当為は、實在を前提とし、それに依存するが、實在そのものを直接に規定することはできない。倫理的な人格主体の行為を媒介としてのみ間接的に規定しうるにすぎない。換言すると、人格主体の行為は、当為に直接に規定されうることになる。客体についての存在当為(Seinsollen)が、主体についての行為当為(Tunsollen)に転換されることで、価値が実現されるのである。非難ないし非難可能性としての責任は、したがって、行為の責任を行為者に帰せしむることにな

ければならない。

これまで述べられたことから明らかのように、故意・過失は、当為との関係で責任要素とはなりえないことになった。それでは、固有の意味で、責任を構成するメルクマールは何か。これが当然論及されなければならないが、それをことごとく論定することは、本稿のテーマを逸脱する。ここでは、故意と過失とが責任要素としては把握されないことだけが、多角的に論証されなければならない。固有の意味での責任要素が何であるかは、この論証にかかわる場合のみ、検討されればよい。

## (2) 非難可能性としての責任

責任の本質を〈非難可能性〉(Vorwerfbarkeit)と把握したのは、規範的責任論(die normative Schuldlehre)の偉大な功績である。心理的責任論(die psychologische Schuldlehre)が、責任を行為者のその行為に対する心理的関係(die psychologische Beziehung des Täters zu seiner Tat)として捉え、行為者が構成要件の結果を認識したか、しないかによって、故意か過失かを認め、その内的事実が責任である、としたのに対して、規範的責任論は、かような行為者のその行為に対する心

理的關係が責任なのではなく、その心理的事態と法秩序の当為の要請との關係が責任を構成するものとして、責任概念を極めて、〈規範的〉に捉え、故意・過失に共通のメルクマールとして、非難可能性なる概念を想定したのであった。それとともに、同じく責任概念の規範的要素として、〈期待可能性〉(Zumutbarkeit)なる概念をもちだすことで、責任の限界づけを行ったのである。これは正しい方向づけであると思う。なんととなれば、責任が単なる心理的事象として把握されるならば、結果責任を強いることになる一方、故意と過失との責任における質的差、量的差が曖昧になるからである。責任は規範的に把握されて、はじめてその本質が明らかになるであろう。行為者が、その置かれた具体的行為状況で、あるべきようにない、という現実の矛盾の中で、存在当為は実在化し、行為者への行為当為となって価値の実現が期待されるからである。責任を規範的に把握することで、はじめて、責任主義の原則も貫徹されよう。そこで、われわれは、この規範的責任論の見地に立って、責任を非難可能性と抽象し、同じく規範的要素たる期待可能性の概念を取り入れることで、当面の課題である故意・過失が

果たして責任要素と解されるかどうかを考察することとしよう。

思うに、責任が非難ないし非難可能性であるというところは、責任は客体の評価ないし判断であることを意味している。その評価ないし判断の対象となるのは、違法性における無価値判断と同じく、行為者の仕業としての行為である。しかし、責任判断に固有の意味は、行為を判断の対象としながら、非難を行為者に帰せしめるところにある。これは上述されたところから明白である。また、非難の本来の意味もここにある。そこで、まず明らかなのは、評価される行為の主観的要素が同時に評価を基礎づけないということである。ここから、故意・過失は評価されるものであって、——換言すると、評価ないし判断の対象たる行為の要素であるから、同時にそれが対象の評価ないし判断としての非難の要素とはなりえないことになる。それゆえに、論理的にみても、責任要素としては、故意・過失は成り立ちえないことがわかる。それにもかかわらず、あえて故意・過失を責任要素として把握するとすれば、責任を規範的に把握しながら、一方では、事実的要素を責任概念に取り込むことで、責任

の規範性を希薄化する誤りを犯すものと評しえよう。さらに、この局面では、事実は価値の前提であるという本質法則が失われることになろう。われわれは、反対意思を形成しなかったという事実と、反対意思を形成しえたであろう、という仮言命題とを同一視することは許されない。また、同じ理由から、情操 (Gewinnung) を責任の基礎とすることにも疑問がある。情操が責任判断において、量刑の際に重要な要素となることは否定しがたい事実であろう。しかし、われわれは、責任の有無を問う局面と、責任の存在を前提した上でのその軽重を問う局面とは区別しなければならぬ。とにかく、情操が責任非難に重要なモメントであるにしても、非難可能性としての、責任範疇に包摂することはできまい。<sup>(19)</sup>

以上の考察により、ここでも、解釈論的にみて、故意・過失は責任要素とはなりえないことが明らかとなった。故意・過失を責任論から構成要件論・違法論に放逐することで、却って、規範としての責任概念が純化される一方、如何なる心理的事態が責任論において非難されるか、行為者に帰せしめられうるかが明確になるものといえよう。

## (3) 違法性の意識と故意

責任説が、違法性の意識を故意とは独立の責任要素として把握するのに対して、故意説は、これを故意の要素とする<sup>(20)</sup>。したがって、後者の立場では、故意が規範的な概念とならざるをえない。しかし、違法性の意識が、前述されたような、単なる法意識にすぎないものならば、それは、人間の価値意識の原初的価値感情の側面をもっているから、あらゆる行動性に先行する価値である。われわれは、道徳的良心を實在のものとしてあげることができるであろう。この価値感情としての法意識は、故意とは対立・緊張関係に立つ観念である。ここでは、實在的な価値意識が實在の意思や行為に対して積極的に介入しうる一つの問題を提示してくれるのである。すなわち、事態価値 (Sachverhaltswerte) の實在化のためには、意思や行為や追求性が重要なファクターとなるが、ここでは、倫理的な価値としての価値感情による一つの選択 (Auslese) が行われるわけで、この選択により、實在化が不作為に終われば、この価値感情の實在化の度が強まり、積極的な性格が現われることになるのである<sup>(22)</sup>。ここから、法益の侵害に向けられる意思と違法性の意識たる

規範意識とは、いよいよ、その対立・緊張を強めることになる。そこで、この規範意識に軍配があがり、実行行為が阻止されれば、この規範意識は価値として實在化したことになる。一方、実現意思としての故意に軍配があれば、規範意識は価値を低下し、實在化が希薄化することになる。そこで、依然として、實在の矛盾は持続し、存在当為は行為主体の人格性のモメントを契機として、行為当為 (Tunsollen) を要求してやまないことになる。そこで、法は規範として、行為者に対して、故意に抵抗する規範意識の強化を要請することになる。ここに、違法性の意識が規範的な立場から特に非難されるゆえんがある。しかも、この違法性の意識は、規範意識つまりは価値意識として、故意とは真向から対立・緊張関係に立つ概念であって和合することはない。両者は、どこまでも矛盾概念なのである。ここから、故意の要素として、違法性の意識をかかげる見解は妥当でない。故意は、規範的に把握しえない本質を内在している。どこまでも事実的なものである。さらに、違法性の意識なる概念をかような原初的価値意識としての価値感情ないし法意識よりは、一段と、規範的な概念として把握することも可能であ

る。つまり、法意識とは次元の異なるものとして、位置づけうるとしても、故意と競合しえないことは同断である。原初的価値意識に反する意思たる故意が形成される、その故意の警告的機能により、行為者は、自己の行為と法秩序との関係についての評価に立たされる。これが、違法性の意識であって、構成要件の個別的メルクマールを対象とする故意とは方向が異なる〈反省意識〉なのである。<sup>(23)</sup>

- (1) Nicolai Hartmann, Ethik, 1962, S. 185
- (2) Hartmann, a. a. O., S. 175
- (3) Hartmann, a. a. O., S. 175
- (4) Hartmann, a. a. O., S. 186
- (5) 拙稿「主観的違法要素についての考察」一橋論叢第八十六巻第二号(一九八一年)一九九頁参照。さらに、拙稿「過失犯における客観的注意の具体化について」同論叢第八十四巻第二号(一九八〇年)参照。
- (6) Hartmann, a. a. O., S. 180
- (7) Hartmann, a. a. O., S. 180
- (8) Hartmann, a. a. O., S. 180
- (9) 故意に違法性の意識を含むとする見解からは、故意は必ずしも事実的なものとしては把握されな。しかし、規範的な故意はそれ自体矛盾である。Vgl. auch Maurach,

- Strafrecht, Allgemeiner Teil Teilband 1, 1977, S. 318f.
- (10) 前掲拙稿第八十六巻第二号、一九七頁参照。
- (11) Hartmann, a. a. O., S. 163
- (12) Z. B. Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1976, S. 140f.; Ferner, Hans—Joachim Rudolphi, Affekt und Schuld, Festschrift Heinrich Henkel zum 70 Geburtstag, 1973, S. 200 しかして、たとえば、ヴェルツェルは、責任とは、個別的な違法行為についての非難可能性であるとし、非難されるものは個別的行為との関係での違法な意思形成である、と云ふ。Siehe dazu Welzel, Das Deutsche Strafrecht 11 Aufl., 1969, S. 157 以下、インニツツツも、非難されるのは、当然のことながら、行為で、単なる情操ではな、と云ふ。Siehe dazu Hans—Heinrich Jeschok, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil 3 Aufl., S. 341
- (13) Hartmann, a. a. O., S. 183
- (14) たとえば、福田 平、刑法総論(昭和五十二年)(有斐閣ブックス)九六頁は、構成要件の過失を両様に解されるが、「田藤重光」刑法綱要論(改訂版)(昭和五十四年)(創文社)三一四頁は、構成要件の故意に対応するものを構成要件の過失とせらる。
- (15) 前掲拙稿二〇七—二〇八頁参照。
- (16) W. Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, S. 30

- (17) Vgl. Welzel, a. a. O., S. 139, S. 157; Ferner, Adolf Schoch, Subjektive Elemente des Tatbestandes, 1969, S. 46
- (18) Schoch, a. a. O., S. 57 は、情操を不法の領域に編入して居る。
- (19) Schoch, a. a. O., S. 57—S. 58; Ferner, Maurach, a. a. O., S. 319, S. 320 など、クラウスは、故意概念が責任領域にとらまるとしても、解釈論的範疇としての故意概念の機能は責任帰属にとらまるとして居る。Siehe dazu Detlef Krauss, Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht, Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1973, S. 23
- (20) この立場として、たとえば、植松 正、刑法概論 I (論稿) (勁草書房刊) (昭和五十三年) 二四二頁、など。
- (21) 植松前掲書二四四頁参照。
- (22) Hartmann, a. a. O., S. 258
- (23) 前掲拙稿二〇四頁。なお、Vgl. auch Matthias Schmidt—Klingmann, Das Bewußtsein der Fremdexistenz als Voraussetzung für ein Unrechtsbewußtsein, 1975, S. 77—S. 78

#### 四 おわりに

これまでに述べられてきたことからすでに明らかかな

うに、故意と過失とは、一般に承認されている程には責任要素とは解しがたいのである。責任を規範的に捉えるということとは、とりもなおさず、責任論に価値的要素をとり入れるということに他ならないから、事実問題と価値問題との衝突はさげがたいものとなってくる。しかし、さればこそ、逆に、主観的—心理的なものの内容と責任の本質とが明らかとなってくるであろう。責任を非難可能性として規範的に把握しながら、依然として事実的なものへのこだわりが強く、そこから抜けでることに逡巡しなければならぬのは、如何にも奇妙である。事実的なものを責任にとり込むことは、如何に弁明しても規範としての責任とは相容れないのである。また逆に、事実的なものとしての心理的要素それ自体を責任構成的メルクマールとして把握しなくても、かえって、責任主義の要請に答える責任概念を構成しうるものと思う。

責任非難の要素となりうるものは、すべて個別的に考察の対象となりうるものであることはいうまでもないが、本稿では、割愛せざるを得なかった。

(東京電機大学助教授)