

故意責任の構造について

——「素人領域における平行評価」と違法性の意識——

石 井 徹 哉

▲目 次▼

はじめに

一 問題の所在

二 故意説の展開と故意の認識対象

三 社会的有害性の意識と「素人領域における平行評価」の公式

四 故意責任の構造

五 責任判断の対象と違法性の意識

結びに代えて

はじめに

現代刑法理論において、錯誤論は一種の「錯誤」に陥っているくらいがある。錯誤論は、しばしば「故意論の裏返し」などと言われるが、現代刑法理論においては、単なる「故意論の裏返し」を越えて、一つの独立の範疇を形成し、その独立の範疇の内部で一つの完結した理論として錯誤が論じられ、理論が展開されている傾向があるように思

故意責任の構造について（石井徹哉）

われる。錯誤という限界事例を適切に処理せんがための理論にのみ終始している傾向があるとも言いうるのである。⁽¹⁾しかしながら、やはり錯誤論も故意論の延長線上のものとして、まさしく「故意論の裏返し」として理論を構築すべきであらう。⁽²⁾

本稿は、違法性の意識及び禁止の錯誤の問題を検討するに際して、これらの問題の前提である故意概念及び責任概念の検討を行い、右のような現状に対し批判的に理論を展開することを試みる。この場合、日々手続きにおいて、何等問題なく処理されている多くの犯罪者は、如何にして責任を問われ、責任を負い、責任を果たして行くのか、このような問題が当然浮上してくることになる。⁽³⁾この問題について一応の解決を目指すことが、刑事責任及び違法性の意識の問題にとって必要なのである。そこで、本稿は、規範と責任との関連を検討し、責任判断の構造を説明することを試みることによって、故意概念と違法性の意識の関係を究明する糸口を探ろうとするものである。⁽⁴⁾

(1) この傾向は、とりわけ方法の錯誤に関する具体的符合説と法定的符合説の対立、故意の個数に関する議論に強く見られる。多少異なった観点ではあるが、大谷実「法定的符合説弁護」井上正治博士還暦祝賀・刑事法学の諸相（下）（昭和五八年）一頁以下、同『刑法講義総論』（昭和六一年）二一九頁以下参照。また、町野朔「故意論と錯誤論」刑法雑誌二六卷二号三三九頁以下も、具体的符合説の立場から同様のことを主張する。

(2) 町野・前掲論文参照

(3) 本文に述べたアプローチに関し、Haf, Strukturdenken——der Schlüssel zum erfolgreichen Reden und Verhandeln, 1985; ders., Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1984; ders., Einführung in das juristische Lernen, 3. Aufl., 1984. が、方法論を展開している。ハフと同様の立場を示すものとして、Hassener, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981; Arthur Kaufmann, Die Parallelwertung in der Lebenssphäre, 1982.（上田健二訳・同志社法学三五卷二号一二三頁以下）がある。

(4) このような試みは新しいものではない。『瀧川幸辰刑法著作集第四卷』（昭和六〇年）七九頁以下に収められた諸論文は、責任論に一定の解決を与えつつ、違法性の意識の問題を論じている。西ドイツにおいても、カウフマンの研究は有名である。Vgl. Arthur Kaufmann, Das Unre-

chatschewußsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949 (Neudruck 1985). なお、新派の立場では、牧野英一『法律の錯誤』(昭和二十四年)が同様の方向を示している。牧野説に関する研究として、佐藤昌彦『牧野刑法学説の研究』(昭和五六年)一五頁以下参照。

一 問題の所在

1 違法性の意識の問題については古くから議論があるが、犯罪論における体系的基礎を獲得したのは、ビンディングに負うところが多いように思われる。その後、違法性の意識の問題は、規範的責任概念の展開に伴い理論的展開が試みられたのであり、違法性の意識の概念はこの意味で規範的責任論の産物であると言っても過言ではなからう。

確かに、規範的責任論は規範の期待に反して違法行為を決定した点に責任の根拠を認めるものであり、ここでは、行為者の認識としての事実的故意(Tatvorsatz)と裁判官の判断としての責任判断(他行為可能性の有無)を分離した責任の構造を考えることができる⁽¹⁾。しかし、違法性の意識がそのいずれに属するかに關しては、不明確なものがあ⁽²⁾る。この一因は、規範的責任論が既に一般的承認を獲得し殆ど疑問を提示されないでいる為、学説は「責任は非難可能性である」と言うことで満足し、故意・過失と責任の關係についての積極的探究がなされないままになったことにある⁽³⁾。しかも、規範と責任の關係についても、刑法学における脱倫理化の傾向により、積極的な研究がなされていない状態なのである。つまり、責任に非難可能性という評価が含まれるとしても、それを基礎付けるべき規範との關係は不分明であり、非難可能性の概念自体も相当拡散してしまっているのである。これと関連して、違法性の意識が規範意識の問題であるか、それとも認識の問題であるか、不分明であるという点も、一因となっている。前者であれば、違法性の意識は責任論一般の問題となり、後者であれば、それは故意論に地歩を占めることになる。この問題は結局は違法性の意識の対象は何かということに帰着するのである。

ところで、違法性の意識に關しては、從來よりその体系的位置付けをめぐって争いがあつた⁽⁴⁾。この争いは大きく故意説と責任説の対立であると言つてもよいであらう。しかしながら、この議論の前提であるはずの違法性の意識の対象は曖昧なままである。少なくとも認識対象に関する議論はわが国では殆どなされてこなかったのである⁽⁵⁾。結局は、故意説と責任説の対立は禁止の錯誤（法律の錯誤）についての法的効果に關わるものであると考えられるから、いずれの立場を支持するにせよ、禁止の錯誤の対象を確定することが必要となってくる。従つて、その前提として、故意の内容が確定されなければならない⁽⁷⁾。

2 「法の不知は宥恕せず」という法諺はローマ法に由来すると言われるが、この法諺に従いドイツのライヒ裁判所は、違法性の意識に關する判例理論を展開してきたとされている⁽⁹⁾。法律の錯誤が存在しても故意は阻却されず、犯罪の成否に影響しないという意味で、未だ違法性の意識の概念は判例に知られていなかったと言ふことができる⁽¹⁰⁾。この判例に対して、法的命令・禁止を完全に要求することは不可能であるとの批判がなされ、ライヒ裁判所はその判例を若干変更し、法律の錯誤を刑罰法規の錯誤と非刑罰法規の錯誤に二分し、後者を事実の錯誤と同じように扱つた⁽¹²⁾。ライヒ裁判所の判例に対する批判は、刑罰法規の錯誤と非刑罰法規の錯誤の区別が論理的に不可能であるといふことであつた⁽¹³⁾。しかし、この理論は、刑罰法規に規定されている事柄は知られており、また知られていなければならぬのに対して、他の法規の知見はそれを前提にしないという論理的根拠を有するものである⁽¹⁴⁾。少なくとも、この理論がライヒ裁判所により最後まで堅持されたという事実に直面するとき、そこに正当な核心を見出す可能性があると考えることも不自然ではない⁽¹⁵⁾。ただ、一般人は刑罰法規の全てを知っている訳ではないという決定的批判があることも忘れることができない。これらの相反する主張の狭間に、違法性の意識の問題が横たわっているのである⁽¹⁶⁾。即ち、何故、刑罰法規の知見は当然に前提となしうるのか、ここに違法性の意識の問題を解明する鍵があると考えられる⁽¹⁷⁾。

3 違法性の意識は不要であるというのが、日本の判例であるとされている⁽¹⁸⁾。けれども、必ずしも言い切れない面があるように思われる⁽¹⁹⁾。何よりも、判例の前提にする違法性の意識の概念が曖昧である。三八条三項但書きの解釈としてはあるが、「法律上許されないものであること」の認識を問題にするものと、「反社会性」の認識で足りるものなど、一致が見られないのである⁽²⁰⁾。我国において、違法性の意識・規範的構成要件要素の錯誤などの問題について、判例並びに学説が錯綜し、混迷をきたしている原因は、違法性の意識の概念が曖昧である点に求めらる。

こうして、違法性の意識の対象が問題として浮上してくる。しかしながら、故意概念を確定しないことには、違法性の意識の内容を確定することはできない。故意は犯罪の実体の認識である。違法性の意識を故意に要求する故意説は、故意を実質化するものであり、その検討が故意概念の内容に示唆を与えることになると考えられる。

(1) 福田平『違法性の錯誤』(昭和三五年) 一七七頁以下参照。

(2) 莊子邦雄『刑法総論(新版)』(昭和五六年) 二八〇頁以下は、規範的責任論は、責任が価値関係概念であることを明らかにしたにとどまり、直ちにその実質的価値判断の構造を説明するものではない、と主張する。更に、「規範的責任論は、責任は非難可能性であるという命題をかかげることにより、故意および過失そのものと『責任』とのかわりに関する積極的な探究を停止した」と述べ、問題点を指摘している。

(3) この傾向の発端となったのは、平野龍一『刑法の基礎』(昭和四一年) 所収の論文であろう。町野朔「犯罪論と刑罰論」長尾・田中編『現代法哲学3』(昭和五八年) 一三三頁以下は、この方向での犯罪論体系化の一つの試みである。責任論との関係でこの問題を論じるものとして、真鍋毅『現代刑事責任論序説』(昭和五八年) 一頁以下がある。問題は、倫理という言葉の使用にあるのではなく、倫理の内容を明らかにしない点にある。内藤謙『刑法総論(中)』(昭和六一年) 三三五頁以下、参照。刑法における倫理・道德の概念については、森村進「行為責任・性格責任・人格形成責任」ヨンプルト・三島編『法の理論8』(昭和六二年) 五五頁以下、特に一〇二頁、参照。

(4) 違法性の意識に関しては古くから議論されている。ドイツでは、近代刑法学の展開と共に、既に議論されていた。Feuerbach, Lehrbuch

故意責任の構造について(石井徹哉)

des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., 1947, S. 38, S. 99. によつて、心理強制説に基く故意論が展開されている（フイエルバッハの違法性の意識論によつて、福田平『違法性の錯誤』（昭和三五年）二頁以下、川端博「違法性の認識によつて」（二）法律論叢四七卷二号（昭和四九年）七二頁以下を参照）。とりわけ重要な文献は、Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein; Rudolph, Unrechtsbewußtsein, Verbotssirnum und Vermeidbarkeit des Verbotssirnum, 1969, による。

主たるモノグラフィとして、牧野・前掲書、福田平『違法性の錯誤』（昭和三五年）がある。その他の文献については、西原春夫『刑法総論』（昭和五二年）四一九頁以下、団藤重光『刑法綱要総論改訂版』（昭和五四年）二八六頁以下、参照。

- (5) 故意説は、違法性の意識を要求する嚴格故意説、違法性の意識の可能性で足りるとする制限故意説に分かれる。各説の論者については、長井長信「違法性の意識に関する一考察」北大法学論集三六卷三号（昭和六一年）一三五頁以下、を参照。責任説の内部で、正当化事情の錯誤の処理をめぐる、嚴格責任説と制限責任説の対立がある。前者は、そのような錯誤を禁止の錯誤とし、後者は構成要件の錯誤に準じて扱う。この点について、最近のものとしては、曾根威彦「正当化事情の錯誤」早稲田法学五八卷二号（昭和五八年）八七頁以下、佐久間修「刑法における事実の錯誤」（昭和六二年）一六三頁以下、参照。

なお、フイエルバッハは、制限故意説とはメツガーの「法盲目性」なる「法蔽性」の野蠻（Mezger, Rechtsirnum und Rechtsblindheit, Kohlrausch-Festschrift, 1944, S. 180ff.; ders., Leipziger Kommentar, Bd. I, 8. Aufl., 1957, § 59A nm. II B 17b）による潜在的な違法性の意識をめぐり故意を肯定し、これを不法の見解（Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950, S. 43f.）を指すものと考え、（Mauach/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I, 6. Aufl., 1983, S. 489ff.）牧野・前掲論文一九五頁、長井・前掲論文一四三頁、中山研一『刑法総論』（昭和五七年）三七三頁参照。

- (6) この点について、町野・前掲論文二〇四頁以下、参照。

(7) 長井・前掲論文は、本稿の方向とは反対に、まず嚴格故意説の立場を支持することから議論を展開してゐる（一四六頁以下、二四九頁以下）。町野・前掲論文も、責任説の立場から違法性の意識の内容を検討する（二三四頁以下）。

- (8) この点の歴史的な経緯については、Arthur Kaufmann, Parallelwertung, S. 4ff. による。詳細な論は、以下。

(9) Vgl. RG, 2289. による裁判所の錯誤に関する語句例は、Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 46ff. による。詳細な論は、以下、*Welzel, Das Deutsche Strafrecht. II. Aufl., 1969, S. 158f. を参照。*

- (10) Vgl. Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, 47ff.; Haf, Strafrecht, S. 228f.

- (11) Vgl. Haft, a.a.O., S. 229.
- (12) いろいろな判例の経緯については Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 47ff.
- (13) 例えば English, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 250.; Haft, a.a.O., S. 228.; Welzel, a.a.O., S. S. 159.; Jacobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 1983, S. 446ff. など 連邦通常裁判所の違法性の意識に関する判決 (BGHSt 2, 194) によつて、同様の批判が行われている。
- (14) Arthur Kaufmann, Parallelwertung, S. 13.
- (15) 多少異なつた観点からひかれるが、vgl. Haft, a.a.O., S. 230, S. 230, S. 242ff.; ders., Grenzfälle der Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, JA 1981, S. 281ff. フォン・バル、禁止の錯誤と構成要件の錯誤との区別を、概念関連性と対象関連性との区別に求め、ライヒ裁判所の判例と同様の結論を導いている。
- (16) Arthur Kaufmann, Parallelwertung, S. 13. 上の点が、カウフマンの論文の出発点である (a.a.O., S. 3f.)。
- (17) BGHSt 2, 194. は、ライヒ裁判所の判例を変更し、責任説を採用した。vgl. BGHSt 2, 196f.; BGHSt 10, 35; 15, 356. この点についての詳細は、町野・前掲論文二一九頁以下、長井・前掲論文一九五頁以下参照。Vgl. Rudolph, Unrechtsbewußtsein, S. 78ff.
- (18) 町野・前掲論文一九四頁以下、長井・前掲論文一三五頁以下、福田平「事実の錯誤と法律の錯誤」総合判例研究叢書刑法 16 (昭和三十六年) 八六頁以下、同『注釈刑法 2 II』(昭和四五年) 三六九頁以下、川端博「錯誤」西原他編『判例刑法研究 3 責任』(昭和五五年) 一三七頁以下、参照。
- (19) 内田・前掲書二四四頁以下、二五七頁以下、参照。「判例と嚴格故意説の対立は、『みかけ』だけの対立」と述べている。
- (20) 大判昭和三年三月九日刑集七卷一七二頁 (法令ノ不知)、最判昭和三年七月一日刑集二卷八号八八九頁 (法律の不知)、最判昭和五年六月二九日刑集三二卷四号九六七頁 (いわゆる羽田空港デモ事件第二次上告審判決) などは、恐らく実定法秩序違反 (一般的違法性) の認識を問題にされると思われる。他方で、最判昭和二年四月九日刑集三卷四号五〇一頁 (傍論)、長野地松本文判昭和三年二月二二日下刑集六卷一・二号九〇頁は、行為の「反社会性」の認識を問題にしている。この点については、町野・前掲論文二〇四頁以下を参照のこと。

二 故意説の展開と故意の認識対策

故意説を中心として違法性の意識の対象を検討すると、一般的に共通しているのは、そこに言う「違法性」の意識

の対象が法的意味におけるものではなく、何等かの点で前法律的なものであるという点である。おそらくこれは、故意が犯罪の実体の認識である以上、故意説のいわば必然的な帰結であるとも言うことができる。しかしながら、その場合にも、二つのアプローチを見出すことができる。規範論的アプローチと侵害説的アプローチである。従来、違法性の意識を前法的規範違反の意識とする見解に対して、法と道徳を混同するものであるという批判が加えられてきたが、これはその二つのアプローチを区別しないものであり、不当である。以下では、これらを区別して、検討することにする。

1. 規範論的な故意説のプロトタイプをビンディングに見ることができる。⁽²⁾ 彼は、行為者は刑罰法規(Strafgeset)⁽³⁾に論理的に先行して存在する「規範(Norm)」に違反するとし、⁽⁴⁾ 故意に規範違反性の意識を要求した。⁽⁵⁾ 立法者の命令である規範⁽⁶⁾の違反が違法であるから、犯罪は法に対する不服従である。服従は義務を知っていることを前提にするから、規範に対する意識的違反が責任の本質的要素となるのである。⁽⁸⁾ そこで、行為者が、自己の遂行する犯罪行為の法律上意味ある全ての事実を認識し、その禁止を知見しない場合には、当該行為の犯罪的性質を正しく認識したとは言えず、規範違反性の意識が排除される。即ち、「法概念としての所為事実の認識」が必要である。⁽⁹⁾ もっとも、「法は日常生活の何千という経路を経て我々に知られる」と述べ、⁽¹⁰⁾ また故意に必要な知見について当該行為の義務命令に対する「刑罰法規への従属」による包摂ではなく、「素人的手段による素人的な包摂」で足りるとすることからも明らかにように、厳密に法的な意味で所為事実の認識を要求した訳ではないことに注意しなければならない。⁽¹¹⁾

M・E・マイヤー⁽¹³⁾とシュミットホイザー⁽¹⁴⁾は、ビンディングではまだ法的であった規範を前法的なものへと改め、それに伴い違法性の意識の対象も前法的なものとした。M・E・マイヤー⁽¹⁵⁾は、法を裁判官に向けられた裁判規範であるとし、国民には文化規範が向けられているとする。⁽¹⁷⁾ 犯罪の実質は文化規範違反であり、違法性の意識の対象もそこに

求められる。⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾ シュミットホイザー⁽²⁰⁾も、国家的法秩序と社会的法秩序を分離し、責任要素としての故意性の中心である不法の意識を社会的法秩序において把握する。この不法の意識は法益侵害行為を構成する事態に符合する被侵害利益に対する無価値体験として理解される。⁽²¹⁾

ビンディングの規範違反性の認識が責任の中核をなすという考えは、現在でも、故意説に根強く残っている。⁽²²⁾ しかし、故意の内容に「許されない」という意識を含めることは問題である。故意はいわば犯罪の実体の認識であるから、この見解によれば、故意の内容を通じて法的逸脱と社会的逸脱が混同され、ひいては法と道徳が混同されることになるからである。それは、ビンディングにあった命令説の思考を引き継ぐことを意味する。もっとも、故意には違法性の核心をなすものの社会的な形態での認識が必要であるということを示したことは、評価されなければならない。

2 犯罪論における違法性を侵害説的に理解しようとする考えがあるのと同様に、認識対象としての違法性をも侵害説的に理解しようとする考えがある。違法性の意識の内容を「社会的有害性 (Sozialschädlichkeit)」とする見解⁽²³⁾がこれである。この考え方は概ね客観的評価規範論⁽²⁴⁾に依拠し、規範的責任論に伴い展開されてきた。従来あまり意識されていなかったが、E・シュミットにその萌芽を見ることができるといえる。

E・シュミットは、⁽²⁶⁾ メツガーにならない、一定の事情が社会的に有害か否かを評価する法の機能を「評価規範」、その法的に不認された外部的態度をとらないように内面的意思を働かせることを要求する機能を「決定規範」⁽²⁷⁾とし、評価規範違反は所為の客観的違法性⁽²⁸⁾を基礎付けるが、決定規範は行為の動機に作用し、それに反することで所為の責任が基礎付けられるとする。法は、我々の日常経験が示すように、我々の行為に関する表象に価値強調、価値感情を与え、これが動機過程に作用し、決定的な役割を果たす。これが決定規範の作用である。⁽²⁹⁾ そこで、故意には社会的有害

性の意識（Das Bewußtsein der Sozialschädlichkeit）が要求される⁽³⁶⁾。「自己の行為の法的ならびに事実的射程を予見しつつ義務違反に行為する者が、故意に行為する」のであり、社会的有害性の意識があつて初めて、適法な態度を採るよう動機付けられるのである。社会的有害性の意識は、行為者の表象に価値感情的な色彩を生ぜしめ、意思形成過程において決定的となる。この意味で、決定規範は命令とは異なることになる。また、客観的評価規範に対する矛盾が違法であるから、この意識には「許されない」という意識は含まれてはいない。この点で、規範的な故意説と袂を分かつのである。

3 アルトゥール・カウフマンはE・シュミットと同様、客観的評価規範論に依拠し、刑事責任の前提として「社会的有害性の意識」⁽³⁷⁾を要求した。

カウフマンによると、法規範は評価規範であつて、それゆえ有責行為は、行為者が自己の態度を立法者がするのと同様の方向において評価した、ということにのみ依拠している。行為者が自己の所為を、立法者が違法で反社会的な性質を認めている意味において、認識した場合には、犯罪者はそのように行為すべきでない、という義務付けをも意識したのである。というのも、義務規範は評価の帰結であり、M・E・マイヤーが文化規範と呼んだ社会的な行動規範だからである。自己の行為の反社会的意味を認識している者は自己が不法に行為することを意識しているのである。行為者は、当該行為を禁止し刑罰で威嚇するよう立法者に動機付ける行為の特性、即ち当罰性（Strafwürdigkeit）を知っていなければならない。犯罪行為の当罰性は、その行為が共同体にとって有害であると資格付ける特性に基礎付けられるから、有害に行為するのは、自己が保護価値ある社会的生活利益（Lebensgüter）を侵害し又は危殆化することを意識している行為者である⁽³⁸⁾。換言すると、立法者に刑罰をもって禁止させるよう動機付けた意味において所為を知見する者は―禁止の知見ではなくとも―本質的なものを認識しているのであり、彼にその企てを思い止まるよ

う動機付けるはずの警告的刺激を伝達するにはこの認識で十分である。不法の意識にとって行為者自身が自己の態度を不法と評価し又は感じることは重要ではない。⁽³⁵⁾

このように見てくると、法と道徳を混同するものであり、罪刑法定主義に反する、というカウフマンの見解に対する批判は直ちに妥当しない。⁽³⁶⁾ 少なくとも故意の機能として反対動機形成に対する「提訴機能 (Appellfunktion)」を重視する限り、故意概念を希薄化することは許されず、故意には構成要件該当事実の単なる認識ではなく、まさにその「意味の認識」が重要なのである。⁽³⁷⁾ そこで、その意味の認識を社会的有害性の意識として故意責任の中核に据えることが必要となる。

4 オットーの見解を考察することにより、更に故意に「社会的有害性の意識」を要求することの意義を検討してみたい。オットーは、独自の人格的不法論の立場に立脚しつつ、故意に「社会的有害性の意識」を要求し、他方で責任の領域においては、行為者が侵害する刑罰法規の認識を要求している。⁽³⁸⁾

オットーの人格的不法論は、基本的にはハルトヴィッヒ⁽³⁹⁾から受け継いだものであるが、更にルーマンに依拠し、社会構成員の相互の信頼があつて初めて社会の共同生活が可能になるのであり、これが社会秩序並びに法秩序の基礎であるとし、法秩序の中心的任務は、相互の信頼の確保、それによる社会の共同生活の確保であるとする。⁽⁴⁰⁾ そこで、彼は不法を「社会的損害 (soziale Schaden)」と規定し、社会的に有害である (sozialschädlich) のは法益侵害を指す態度であるとする。その理由は、第一に、そのような態度 (Verhalten) が特定の法益に向けられていることであり、第二に、そのような態度は法共同体の信頼の基盤を危うくするものであるということである。⁽⁴¹⁾ 従つて、彼によると、価値自由な合目的活動 (Zweckrätigkeit) を使用することは不法のこの局面を明確にできず、それを可能にするのは、所為を人間の法秩序に対する自由な精神的態度 (freie Einstellung) の産物として理解する場合だけである。⁽⁴²⁾

こうして、自己の態度の社会的有害性の認識が故意の要素となる。行為者が、一定の結果を回避すべき自己の義務を知って侵害したか、知らずに侵害したかは、事象の評価に決定的影響を与えるのである。⁽⁴³⁾

オットーの人格的不法論は、客観的评价規範論による不法論における責任を相当程度、違法性の領域で先取りするものであり、その意味で、直ちにE・シュミットやカウフマンの見解と同視することは許されない。しかし、価値自由な目的性(Finalität)では到底刑事責任を基礎付けることはできない、という理解に注目しなければならぬ。つまり、故意に社会的有害性の意識を要求することによって、刑事責任に実体的基礎を提供し、責任主義を実質化することを可能にするのである。⁽⁴⁴⁾

5 違法性の意識の対象に関する学説の一つとして社会的有害性の意識を要求する見解を理解する場合、事実的故意は評価を含まないまさに事実の認識であり、違法性の意識はその認識された事実の評価であるという考えが暗黙の前提となっていると思われる。事実の認識の一部である「意味の認識」もそれ自体は評価ではなく、評価の対象であるという理解が認められる。この理解の基礎には、存在と当為、現実性と価値を峻別し、「評価の対象」と「対象の評価」の厳格な分離を強調する新カント派の影響が強く認められる。⁽⁴⁵⁾

オットー、カウフマン等の主張はまさにこの点に関わる。カウフマンによれば、⁽⁴⁶⁾責任説の著しい弱点は禁止の錯誤の有責任の問題に答えることができない点にある。何故なら、禁止の錯誤の場合には完全な責任から責任の喪失にいたるまでのあらゆる責任の程度が存在するのであるから、禁止の錯誤自体は明白に責任とは無関係だからである。そこで、故意は、自然的な故意ではなく、所為の実質的意味の知見を含む不法故意であり、これが責任の実質的基準となる。オットーも、⁽⁴⁷⁾人格的不法論の立場から、価値自由な目的性は不法の人格的側面を説明できないとする。彼の場合、その人格的不法が刑事責任に決定的意義を有することを考慮するならば、その主張はカウフマンとほぼ同旨と考

えてよい。この点に関連して、存在の認識は存在の価値・無価値への洞察をも意味するから、存在の認識を前提にするヴェルツェルの目的性の概念においては、この本質的な点からまさに、「規範に対する自由な態度決定」という倫理的要素を蔑ろにすることはできない、というミハエロワの主張は参考になる。⁽⁴⁸⁾問題は、故意にこのような「価値的」要素が付随するのかどうかという点である。

この点について、町野教授は、責任説によって初めて違法性の認識が少なくとも「法律違反の認識」でなければならないことの積極的な基礎付けが与えられた、とする。「故意説によるなら、犯罪実現意思としての故意は犯罪成立要件としての違法性には関連しなければならない」とし、ヴェルツェル及びBGHの判例を引用しつつ、「違法性の認識・認識可能性が責任の要素として考慮されなければならないのは……違法行為に出ないという反対動機を形成する可能性を行為者に与えるものだからである」とする。また、ヴェルツェルは、⁽⁴⁹⁾責任倫理に支えられた責任説に従うならば、責任非難の対象は違法な行為意思であって、行為者において所為の違法性が意識され、且つその意思を決定する反対動機となり得た程度に応じて、その違法な行為意思が非難される、とする。

これらの見解の基礎には、故意が直接反対動機となって行為者にその行為を抑止するのではなく、故意により提起された違法性の意識がそれを行うという考えが存在する。⁽⁵⁰⁾従って、ここでは行為意思が裁判官の判断の対象であって、責任非難の根拠になっている。ヴェルツェル並びにアルミン・カウフマンに依拠し、「不法は構成要件の実現を前提とし、非難可能性は不法を前提とする。構成要件の実現は不法要素であり、違法な構成要件の実現（不法）は（広義の）責任要素である。従って、広義の責任にはその全ての前提が属するが故に、責任説は責任概念を空疎化すると云った類の批判には何らの根拠もない」と述べられるとき、⁽⁵²⁾責任非難並びに刑事責任の根拠が違法な行為意思である故意に求められていることが明らかとなる。責任説では、責任の究極的な根拠は行為ないし行為意思であり、犯

罪の認定はそれにただ「違法な」と「有責な」という賓辞を加えるものにすぎないのである。しかも、これらの認定は「可能性の有無」を問う判断にすぎない⁽⁵³⁾のであるから、そのような行為意思は単に侵害客体との意思的関連の問題にすぎないものではなく、責任非難に相応しいものでなければならぬことが一層要求されるのである。

以上から整理すると、「社会的有害性の意識」はまさに当該行為者に対する責任非難の要素として、裁判官による責任判断の対象そのものであり、これが責任の実質的基準を提供するのに対し、「違法性の意識」は法律違反の意識として所為の有責性を決するのである。故意説に従うならば、その認識の対象は前法律的な規範の違反の認識で足りるとするのが一貫すると言われるとき、これは「社会的有害性の意識」について妥当するのであり、「違法性の意識」については妥当しない。所為「事実」の認識とはそれに内在する「価値」をも認識することであり、それが「社会的有害性の意識」に他ならない。「灰皿で人を殴りつけること」を認識している者には故意が有り、同一状況において「灰皿を持った手を振り降ろすこと」を認識している者には故意があるとは言えない。この結論の相違は、行為者が自己の行為意味を刑法上重要な保護価値の観点から認識しているかどうか、という点に基づくのである。人間の身体的動作は様々な観点から記述され、「意味」を付与されるのである。右の例では、ある場合は「腕を動かす」行為であり、また「灰皿を振り降ろす」行為であり、更に「人を殴りつける」行為である。この場合、「故意」にとって重要な記述はまさに法が禁止した当罰的内容に合致する必要がある。この当罰的内容を随伴する「事実の認識」が「社会的有害性の意識」に他ならないのである。

「構成要件に該当する事実の認識があれば、行為者は規範に直面している」と述べられるとき⁽⁵⁵⁾、その認識された事実は単なる「裸の」事実ではなく、その「裸の」事実内に在し、不可分一体となっている「不法（das Unrecht）」をも含んでいるのである。「違法性の意識が『故意と過失とを分つ分水嶺』だ⁽⁵⁶⁾」と言われるのも、この意味で理解すべ

きである。「責任が問題となりうるのは、行動及び結果の表象が呼びおこす社会的意味であって、社会的反価値の認識が反対動機を構成」するのであって、「行為の社会的意味の認識によって行為動機と反対動機が分裂し緊張する。その際法の要求に反して、社会的高価値を捨て、低価値を採った点に人格に対して非難され、責任が問われるのである。」この意味で、社会的有害性の意識は故意に帰属されなければならない、この意識が欠如する場合には、故意責任を問うことはできないのである。もっとも、この「社会的有害性」の概念は規範的なものであるが、その内実として不許容性を有していないことに注意すべきである。⁽⁸⁹⁾

(1) 町野・前掲論文二〇六頁、二二二頁以下、参照。

(2) ユンディンクの主な著作には「Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtsnässige Handlung und die Arten des Deliktes. Bd. I: 4. Aufl., 1922. Bd. II I. Hälfte: 2. Aufl., 1914, 2. Hälfte: 2. Aufl., 1916, Bd. III: 1918, Bd. IV: 1919; Handbuch des Strafrechts. I, II, 1885; Die Schuld im deutschen Strafrecht. Vorsatz, Irrtum, Fahrlässigkeit, 1919. など。なお「Handbuch I には、斎藤金作訳『ユンディンク刑法論I』早稲田法学別冊第七巻(昭和十一年)という邦訳がある。ユンディンクに関する研究として、竹田直平『法規範とその違反』(昭和三十六年)、富田敏一「ユンディンクの規範論——刑法学における規範論の史的展開 その一——」国士館法学二号(昭和四五年)五三頁以下がある。ドイツにおける彼の犯罪論に関する研究として重要なものは、Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, 1954.

(3) Maurach/Zipf, Strafrecht, S. 487f.

(4) Binding, Normen I, 1. Aufl., S. 30f. (ユンディンク『規範論』の第一版からの引用は Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974. からの引用参照) Vgl. Binding, Handbuch I, S. 10f., S. 155. # 「犯人が違反するべき法の規範は、概念的にそして原則として必然的とはいえないが、時間的にも、有罪判決の態様を規定する法律に先行する」と述べ、この規範の正しい認識こそ、刑法の最も重要な諸理論、とりわけ犯罪とその責任の理論構成のための前提をなすことを強調して、⁹⁰ (ders., Normentheorie I, 4. Aufl., S. 7)°

故意責任の構造について (石井徹哉)

- (5) ders., Normen III, S. 138. Vgl. Achenbach, a.a.O., S. 34.
- (6) ders., Normen III, S. 156f. 「立法者の理性は、彼を駆って、彼の命令を遵守し能う者のみを標的とし、¹「義務は、ただ一個の主体を持つ、しかもその義務を履行しようる人に限られる。…Impossibulum nulla obligatio.（不可能は義務付けない）」（Ebenda, S. 184.）と彼は言う。
- (7) ベンディクソンの責任論については、富田・前掲論文七一頁以下、川端「違法性の認識」前掲七一頁以下、参照。Achenbach, Schuldlehre, 1974, S. 27ff. はそれを詳細に分析している。
- (8) Binding, Normen II, S. 144f.
- (9) Binding, Normen III, S. 113, 115, 138ff.; ders., Normen II, S. 52ff.; ders., Schuld, S. 65. Achenbach, Schuldlehre, S. 34. ユンクヘンツの考えについては、法律の錯誤と事実の錯誤の区別は不当であり、唯一所為事情の錯誤だけが存在するのである。瀧川・前掲書一六六頁参照。Vgl. Arthur Kaufmann, Unrechtsbewusstsein, S. 41ff.
- (10) Binding, Normen II, 1. Aufl., S. 60ff. vgl. Achenbach, a.a.O., S. 30.
- (11) Binding, Normen II, S. 148f.
- (12) Vgl. Arthur Kaufmann, Parallelerwertung, S. 15f.
- (13) 竹田・前掲書一四九頁以下、参照。M・E・マイヤーの責任論は、「瀧川幸辰「責任の心理的要素と倫理的要素」瀧川博士自身、M・E・マイヤー（五六年）二五四頁以下の他に、同「責任論の一考察」著作集第四卷二二九頁以下等において、検討されている。瀧川博士自身、M・E・マイヤーに近い立場を採られていた。M・E・マイヤーの責任論については、vgl. M.E. Mayer, Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht. Drei Begriffsbestimmungen, 1901.; Der Allgemeine Teil des Strafrechts, Lehrbuch, 1915, S. 228ff.
- (14) Schmidauser, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins, in: Festschrift für Helmut Mayer, 1966, S. 329; ders., Strafrecht, AT, Lehrbuch, 2. Aufl., 1975, S. 422; ders., Strafrecht, AT, Studienbuch, 2. Aufl., 1984, S. 200, 214ff.
- (15) M.E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903 (Neudruck 1965). 竹田・前掲書一五三頁以下、福田・前掲書七六頁以下、平塚「法律の錯誤」日本刑法学会編『刑事法講座第二卷』（昭和二十年）三五六頁、参照。vgl. Arthur Kaufmann, Unrechtsbewusstsein, S. 134ff.
- (16) Mayer, a.a.O., S. 30, 34ff.
- (17) Ebenda, S. 17. M・E・マイヤーは、「法の正当化及び特に法律の拘束性」を文化規範と法規範の一致と見る（Ebenda, S. 16）。
- (18) 法規範と一致する「文化規範」を知りかつ承認する結果、何人ものはや「自分にかかわりのなかった規範に自分が向けられている」と訴える

ことはできない。「何人も自らの拘束性を承認した規範によって評価されるのである。その承認は法形式まで改鑄された規範に関係するだけでなく、彼が体験する文化から習得した並行的な規範にも関係する」とM・E・ペイヤーは述べている(ders., *Kulturnormen*, S. 17.)。Vgl. ders., *Lehrbuch*, S. 33ff., 36; ders., *Kulturnormen*, S. 3f., 6.

(19) 文化規範論は構成要件論並びに違法性論への影響²⁴⁾。vgl. ders., *Lehrbuch*, S. 52ff. M・E・ペイヤーの構成要件論については、小野清一郎『犯罪構成要件の理論』(昭和二十八年)一九五頁以下、参照。M・E・ペイヤーの違法性論は、わが国に強い影響を及ぼしている。小野『新訂刑法講義総論』(昭和二十七年)一一一頁、団藤『刑法綱要総論(改訂版)』前掲一二二頁、参照。

(20) Schmidhäuser, *Von den zwei Rechtsordnungen im staatlichen Gemeinwesen. Ein Beitrag zur Allgemeinen Rechtslehre*, 1964, S. 10ff.; ders., *Lehrbuch*, S. 8; ders., *Studienbuch*, S. 4.

(21) ders., *Lehrbuch*, S. 394ff.; ders., *Studienbuch*, S. 200ff. vgl. ders., *Rechtsordnungen*, S. 12ff.

(22) 小野・前掲書一五五頁、参照。

(23) 規範的責任論が確立される以前にこのような見解を探るべく「J. Sauer, *Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie*, 1921, S. 537ff., insbe. 541f.; Kohlrausch, *Die Schuld*, in: Aschroff/v. Liszt (Hr.), *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs*, Band I, 1910, S. 217f.; Hegler, *Die Merkmale des Verbrechens*, ZStW 36 (1915), S. 198.」などの学者の責任論について、vgl. Achenbach, *Schuldlehre*, S. 171ff. (Sauer), S. 71ff., 187ff. (Kohlrausch), S. 105ff. (Hegler). なかでも、ザウアーは不法の意識を責任の中核に据える点で注目し、値すると思われる。

(24) 本稿で「客観的評価規範論」とはメツガー・E・シュニット等の見解をいう。川添誠「規範論の変遷と刑法解釈学」明治大学大学院紀要二二集(一)(昭和六〇年)八七頁以下、参照。

(25) 規範的責任論は期待可能性の理論を軸に展開された。佐伯千似「刑法に於ける期待可能性の思想」前掲、滝川幸辰「期待可能性論の回顧」著作集第五卷三九八頁以下、参照。期待可能性に関する文献については、川端博「期待可能性」中山他編『現代刑法講座』前掲二二七頁以下、参照。

(26) Liszt/Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 26. Aufl. 1932, S. 222ff.

(27) E・シュニットの規範論については佐伯「刑法に於ける期待可能性の思想」前掲九五頁以下、二五八頁以下参照。Vgl. Liszt/Schmidt, a.a.O., S. 173ff. E・シュニットに対する批判については、佐伯・前掲書、平場・前掲論文二八頁以下、同「責任の概念要素と刑事責任論の根拠」

故意責任の構造について(石井徹哉)

団藤古希第二卷七三頁以下、参照。

- (28) 客観的違法性論を近代になって初めて基礎付けたのは、イエーリングである（vgl. Welzel, Das deutsche Strafrecht, II. Aufl., 1969, S. 48.）。この理論はメツガー、E・シュミットにより近代刑法学に体系的導入され、完全に支配的になっている（西原・前掲書一二頁以下参照）。
- 竹田・前掲書、佐伯・前掲論文、高橋敏雄「主観的違法性と客観的違法性」同『違法性の研究』（昭和三八年）一頁以下、参照。
- (29) Liszt/Schmidt, Lehrbuch, 26. Aufl., 1927, Vorwort, S. 15. にあって、E・シュミットは、「責任論は理論的に心理主義から規範主義へ転向しつつある。規範的見解は、フランク、ヘーリング、M・E・マイヤー、フロイデタルやその他、特にゴルトシュミットに認められ、個々の点では争いがあるとは言うものの、今日まで責任問題について支配的な学問的立場を担うようになったといつてよい。わたし自身も、ゴルトシュミットとフロイデタルの書物の影響のもとに、その決定的な信奉者と名乗らねばならない」と述べている。
- (30) dies, Lehrbuch, 26. Aufl., S. 226ff.
- (31) Ebenda S. 253.
- (32) この価値感情的色彩を与えるのが、反社会性の意識、社会的有害性の意識に他ならない。なお、佐伯・前掲書二六〇頁、参照。更に、Liszt/Schmidt, Lehrbuch, S. 223. は、「法的当為を個々人の内心的決意に関係させた場合に、それを義務と名付ける。この義務という言葉によって、個人の觀念のなかに惹起された社会的価値觀念が、次いでまた法秩序から生じて行為者のその他の動機と抗争するにいたる（フェルネック）所謂『社会心理的強制』が表現される」と述べている。
- (33) Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 132ff., 138f.
- (34) 以上のように理解するべく構成要件の明確性は、その実質的な不法＝当罰性が構成要件に明瞭に表現されているかという問題に発展する。vgl. ders., a.a.O., S. 145f.
- (35) der, Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, S. 81ff.; Tatbestand, Rechtsfertigungsgründe und Irrtum, S. 99ff.; Zum Irrtum beim unechten Unterlassungselement, S. 121ff.; Die Irrtumsregelung im Strafgesetzentwurf 1962, S. 129ff. in: ders., Schuld und Strafe, 2. Aufl., 1983.
- (36) 町野・前掲論文二一〇頁以下、長井・前掲論文二一九頁以下、参照。
- (37) カウフマンによれば、「禁止の錯誤の決定的基準は不法故意（Unrechtsvorsatz）にあり、それは実質的責任論の展開である。vgl. ders., Tatbestand, S. 119.

- (38) Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87, S. 593ff. キューラーは、旧口の見解を「修正故意説 (modifizierte Vorsatztheorie)」に改めた (Ebenda, S. 395, Anm. 188.)。
- (39) Hardwig, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, ZStW 87 (1966), S. 17; vgl. Personales Unrecht und Schuld, Mschr.krim, 1961, S. 194f.
- (40) Otto, Personales Unrecht, S. 554f, 557.
- (41) ders., a.a.O., S. 562f.
- (42) ders., a.a.O., S. 560.
- (43) ders., a.a.O., S. 560, 565, 571, 594.
- (44) ders., a.a.O., S. 591, Anm. 175. 『価値自由な』故意は、行為価値も行為無価値も基礎付けなさい」と彼は言う。
- (45) Vgl. zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., 1950; vgl. Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., 1976, S. 179. 木村亀一『刑法総論』(昭和三四年) 三二頁 同『犯罪論の新構造 (上)』(昭和四一年) 三三四頁以下、参照。
- (46) Arthur Kaufmann, Irrtumsregelung, S. 138, 142.
- (47) Otto, Personales Unrecht, S. 560.
- (48) Michaelowa, Der Begriff der strafrechtswidrigen Handlung, 1968, S. 36f., 39.
- (49) 町野『違法性』の認識について「前掲三三四頁以下。もっとも、同「法定的符合について(二)」警察研究五四卷五号(昭和五八年)九頁において、「立法者が禁止の基礎とした不法・責任内容を行為者が認識しなければ故意は肯定しえないのである。意味の認識は、通常、規範的構成要件要素の認識について問題とされるが、記述的構成要件(たとえば、人、財物)についても、基本的に同じことがあてはまる。そして、故意が構成要件の本質をなすものであり、純粹の構成要件の事実の認識は、意味の認識が存在しうるための、単なる事実的前提にすぎないということになる」と述べている。このような見解は、カウフマンやオットーの主張するのと同じであり、違法性の認識について、カウフマンを批判する点との整合性が問題となる。
- (50) Welzel, Lehrbuch, S. 162f.
- (51) 川端博「消極的構成要件要素の理論の再検討——構成要件と違法・責任との関係をめぐって——」団藤古希第一卷一九八頁以下、参照。
- (52) 川添・前掲論文九七頁。増田豊「人格的不法論と責任説の規範論的基礎」法律論叢四九卷六号(昭和五二年)一七四頁以下、参照。

(53) 一般に違法性に決定規範も作用することを是認する見解は、違法性と有責性の区別を「当為と可能」に求める（西原・前掲書一三頁、川添・前掲論文、参照。vgl. Weiel, Lehrbuch, S. 140.）が、寧ろ「行為能力」と「動機付け能力」により区別されると考えるべきである。そうでない、違法性が一般人を基準とし、有責性が行為者を基準とする区別が維持しなくなるであろう。川添誠「未遂犯における規範の具体化と法義務——主観的未遂論のスケッチ——」明治大学大学院紀要二三集（一）（昭和六一年）一〇二頁以下、参照。

- (54) 小林公「刑罰・責任・言語」長尾他編『現代法哲学』前掲一頁以下、参照。なお、小林教授が「出来事が因果的世界に属するのに対し行為は意味の世界に属する」と述べられていることに注意すべきである（一一頁）。わが国の刑法学では、所謂結果無価値論の主張（内藤『刑法総論講義（中）』前掲三二五頁以下参照）に見られるように、世界は因果的世界に尽きるという理解が大勢を占めているように思われる。人間の認識が言語に規定される以上、人間にとって意味的世界が重要である。ある社会の言語の特質がその社会の世界観を表すというウォルフの仮説（Whorf, Sprache-Denken-Wirklichkeit, 1963, S. 51ff.）は、われとの関係で重要である。フンボルトも既にこの立場にあった（Kaufmann, Parallelerwertung, S. 24.）[○] ウェルソンの仮説を責任論に導入する試みは、vgl. Schünemann, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: ders. (Hg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 153ff., insbpe, 163f.
- (55) 団藤重光『刑法綱要総論』前掲二七六頁、大谷実『刑法講義総論』前掲二二頁、同「法定的符合説弁護」前掲一頁以下。
- (56) 小野清一郎『刑法概論（増補・新版）』（昭和三五年）一一六頁。
- (57) 平場安治『刑法総論講義』（昭和二十七年）九六頁以下。
- (58) Vgl. Arthur Kaufmann, Einige Anmerkungen zu Irrtümer über den Irrtum, in: Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 185ff.

三 社会的有害性の意識と「素人領域における平行評価」の公式

以上のように、故意に社会的有害性の意識を含ませる場合、事実の認識と社会的有害性の意識の関係が問題になる。だが、これは所謂「素人領域における平行評価」の公式を検討することにより、そしてこの公式を現代的に変容させることにより、解決されると考えられる。

1 「素人領域における平行評価」の公式はメツガーの提唱⁽¹⁾によるものであり、現在では、その内容に相違はあっても、ほぼ認められていると見える。しかしこの考えの萌芽はメツガーの以前から、例えばビンディングやM・E・マイヤーに見出すことができるのである。それでも、「素人領域における平行評価」の公式を明確に打ち出した点にメツガーの功績を認めることができる。

メツガーは、不法に客観的評価規範を、責任に主観的決定規範を配分することによって両者を厳格に峻別し、⁽²⁾責任における「義務違反性」のメルクマールを決定規範によって基礎付けようとする。メツガーはまず責任を「責任事態(Schuldverhältnisse)」として理解する。この意味での責任は「行為者に対する違法な行為の人的非難を基礎付ける刑罰の諸前提の総体」である。他方で、彼は、この責任事態に対する価値判断をも責任であるとする。この価値判断つまり責任判断は、一定の事態に關係する「關係判断」である。⁽³⁾即ち、これは、第一に行為者の意思活動(心理的責任要素)について、第二に行為者の動機(動機付けの責任要素)について、第三に行為の行為者人格全体に対する關係(性格学的責任要素)についてなされる。⁽⁴⁾それゆえ、メツガーの責任概念では、責任は単なる確定的な精神的事態ではなく、規範的に評価された事態なのである。

メツガーにおいて注目すべき点は、彼が故意に違法性の認識を帰属せしめたことである。構成要件要素の認識に加えて、行為の違法性の認識をも故意に要求するのである。彼は言う。⁽⁵⁾責任とは「行為者の目的意識的人格の法的に否認された徴表としての行為である」から、当該行為が故意の完全な形式での徴表であるという場合、行為者は当該行為の意味を認識していることを要する。これは、違法性の意識が故意の要件であることを意味しているのである、と。

メツガーはこのように故意に違法性の意識を要求したが、厳格にこれを要求した訳ではない。まず、違法性の意識

は客観的評価規範に対する矛盾の意識であるが、これは法律学的包摂の意味で理解されるべきではなく、「素人領域における平行評価」として、即ち「行為の法律的―裁判官的評価と同じ方向の、行為者の個人的人格及びその周囲の人々の思考領域における行為の評価」として行為の違法性を認識していれば足りるのである。⁽⁶⁾このような方法で、故意に違法性の意識を要求すると、法律家だけしか犯罪を犯しえなくなるという批判を回避しようとしたのである。彼が違法性を法益侵害に関係付けて、客観的に理解する限り、このような意味での違法性の意識と構成要件要素の意味の認識はほぼ重なることになる。というのも、彼は構成要件と違法阻却事由を原則―例外という形で対応させ、構成要件を不法構成要件と考えるからである。⁽⁷⁾しかも、ここでの違法性の意識は法的「禁止」の意識ではない。客観的評価規範違反である違法性に「不許容性」を内容とすることは困難だからである。この意味で、メツガーの意図する故意の内容とE・シュミットの意図する故意の内容とは殆ど同じものである。

2 アルトゥール・カウフマンは、最近「素人領域における平行評価」の公式を言語哲学上の諸認識により基礎付けるとともに、「社会的有害性」の概念と結合させることによって行為者の認識内容を規定し、更にこの公式を刑法上の責任論における一般原理にまで高めようとした。⁽⁸⁾カウフマンの見解を理解するためにはまず彼の「法と言語」⁽⁹⁾の問題に関する理解を見なければならぬ。この理解の萌芽は既に以前から見られたが、最近は一層その主張を明確にし、法律学的ヘルメノイティク（*Juristische Hermeneutik*）⁽¹¹⁾の一つの流れを形成している。

カウフマンによれば、⁽¹²⁾法発見は、制定法規範を一定の生活事実に向けて具体化し、同時にその生活事実を法規範に向けて抽象化し、法規範が具体化されたところに見出される「類型（Typus）」と、事実が抽象化されたところに見出される「類型」とを同化させる（類推的対応化）という試みを通じて行われる。ここに所謂「ヘルメノイティッシュ（解釈学的）な循環」、即ち法規範の意味が事実との関係において初めて明らかにされ、他方事実も法規範に照ら

して構成され、当該法規範について予想された先行理解 (Verständnis) がこの過程において絶えず修正される、ということが生じる。この場合、法規範が「専門言語」により表現され、事実が「日常言語」により表現されるとすれば、法実現の過程はこの二つの言語の同化 (Entsprechung) の過程に他ならない、⁽¹³⁾ というものである。

「専門言語と日常言語の同化」が法実現において本質的である、という理解の基礎をなすのは、なによりも言語の本質・機能及び彼の言う「言語の二次元性」⁽¹⁴⁾ である。まず、言語の本質というべきものはその人格と結び付いた崇高性 (personale Dignität) であり、言語は個人の自己実現であり、人格の根源である。人間は、言語を用いることにより初めて、自己及び自己の世界を獲得することを始めるのである。こうして、言語が現実を構成する。即ち、言語を媒介にして人間は世界を我ものとする。⁽¹⁵⁾ 事物に名前を与え得る者だけが、事物に意味を与えることができ、事物を我ものにするのであり、このようにして言語は現実を生み出すのである。「法の世界もまた言語から生まれる」⁽¹⁶⁾ のである。

また、「生きた言語は常に二つの平面を動いている。つまり、いわば水平的・直線的レベルと垂直的・超越的レベルとである」。第一の平面においては、形式的―論理的な一義性・明確性が重要となり、第二の平面では、超越的―論理的意味が問題である。これは法律言語と日常言語との関係についてもあてはまる。いずれの言語も二次元的であるが、重点の置き方が異なるのである。生活事実の日常生活と法の規範世界が関連を絶たれるべきでないならば、日常言語と法律言語は相互に近づけられるべきであり、日常の世界と規範の世界はともに言語的構成物であるから、法の適用としての「事実の規範への包摂」は言語のレベルで行われなければならない。⁽¹⁷⁾

このような理解に基づき、カウフマンは「不法の意識」及び「素人領域における平行評価」の公式を基礎付ける。伝統的考察方法の不十分さは、行為の意味を静態的に固定的に把握している点にあるとし、「人間行為の意味もまた

……行為状況を無視しては、また解釈過程とは関係なしには決定されえない⁽¹⁸⁾という。そして、犯罪行為者の日常世界と法の規範的世界とは言語的に形成されるのであるから、「可罰的行為の帰責が可能でなければならないのであるなら、この帰責は何よりもまず、言語的な面に求めなければならない⁽¹⁹⁾」。このようにして、カウフマンは「不法の意識」と責任判断を媒介するものとして「素人領域における平行評価」の公式を考える。

まず、「不法の意識」についてみると、ここでは日常言語が重要な役割を果たす。即ち、人間は「言語を通じて社会における共同生活を規定する規則をも修得し、社会的な生活実践を獲得する。……社会化もまた言語に起因する。成長過程にある人間が規範的なものの領域に遭遇するものも、……他者の世界との日常的な交渉と対決において、生活形式の承継を通じて自己に開示される具体的な行動範型（Verhaltensmuster）」という形式においてである。「この行動範型又は規準（Paradigma）は、その規範的内実を状況から受け取り、ゆえに言語の使用においてはその都度状況に応じて変化する、価値的に差異のある（wertdifferent）言語形象である」。逆に「ここからまた帰結されることは、無数の社会化の過程において獲得されたこの行動範型からは任意に離脱できない、ということである。相応する具体的事情が存すれば、いわば自動的に意識のなかに登場するのである⁽²⁰⁾」。このことから帰結されることは、法と不法とについての国民の表象も日常の慣用語に規定されている、ということである。「行為者が行為の時点でもつ不法の意識も特殊法的な表象によるのではなく、行為の社会的意味の認識によって刻印付けられているのである⁽²¹⁾」。

他方で、「帰責」を行為者と裁判官との意思疎通過程として動態的に理解することから、行為の社会的意味についての漠然とした「不法の意識⁽²²⁾」は、裁判所における意思疎通過程を通じて凝縮され、行為の法的意味についての明確な裁判官の意識になる、とする。ここでは、裁判官は日常言語の世界と法律用語の世界とを媒介する立場にある。この意味で、所謂「平行評価」は裁判官によりなされるのであり、「違法性の意識」は訴訟の場で初めて裁判官により

生み出され、責任判断において行為者に帰属せしめられる。従って、刑法上の帰責を行為者の日常言語の世界という対象レベル (Objektebene) と裁判官の法律言語の世界というメタレベル (Metaebene) との平面で捉え、行為者が自己の態度を不法と理解していたという「責任」について、裁判官が二つの世界を言語的次元において同化させることにより、その「責任」を「法的責任」として規定する、とカウフマンは主張する。⁽²³⁾ この理解の前提にあるのは、人間の責任についての判断は良心の判断としてのみ可能であるが、人間の最も基本的な利益と関わりを有する刑法においては、良心の判断は広く一般化されうるのであり、裁判官が行為者の良心を代理して判断する、⁽²⁴⁾ ということである。

このように責任を理解することはカウフマンの従来からの主張と矛盾するものではない。カウフマンは人間存在の本質をその人格的属性 (Persönlichkeits) 、即ち精神的自己意識及びそこから導き出される自己規制の能力に求める。この能力において、人間は自らの途を定め、その生活形成を自ら行いうる。この「実存的自由」こそが人間の倫理的答責性を基礎付ける、とする。この答責性の原理の上に再社会化の理念を基礎付ける。⁽²⁵⁾ 刑罰は責任への応答として理解され、刑罰を受け入れること、即ち責任を負うことそして責任から自らを開放し、社会に復帰することが、答責的な人間の人格作用として理解されている。日常世界と法的世界とを同化させることにより、行為者の不法の意識から裁判官の違法性の意識を生み出すことが、行為者に刑罰を受け入れることを可能にする、⁽²⁶⁾ と言うのである。

3 カウフマンの見解は、「法と言語」の問題と二つの点で関わる。即ち、一つは、行為者が有すべき意識内容に関するものである。ここでは、人間と「世界」との関係が言語を通じて明らかにされる。⁽²⁷⁾ 注目すべきことは、「行為者の有していた責任」の中核に社会的有害性の意識が据えられ、その限りで責任が実質化されている点である。この意味で、意思責任が前面に出ているのである。⁽²⁸⁾

第二に、裁判官の責任判断に関わる。ここでは、方法論としてヘルメノイティックが重視される。法的世界と日常

世界との同化、法律言語と日常言語の同化において「刑法上重要な責任」が生み出され、行為者に帰せられるのである。「行為者の有していた責任」が裁判官により「刑法上重要な責任」に高められ、これが行為者に帰属されることになる。この判断を通じて、行為者の再社会化への道が開かれることになる。⁽²⁹⁾

- (1) Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestand, in: Festschrift für Ludwig Träger, 1962, S. 187ff.; ders., Strafrecht, Ein Lehrbuch, 2. Aufl., 1932, S. 328.
- (2) ders., Die subjektive Unrechselemente, GS (89) 1924, S. 207ff., insbe. 240ff.; ders., Lehrbuch, S. 164, 166.
- (3) ders., Lehrbuch, S. 248f. 瀧川『犯罪論序説』前掲一〇〇頁以下。
- (4) ders., Lehrbuch, S. 250.
- (5) ders., Lehrbuch, S. 331.
- (6) ders., Lehrbuch, S. 331ff.
- (7) Vgl. Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 16.
- (8) Vgl. ders., Parallelwertung.
- (9) Vgl. ders., Recht und Sprache, in: ders., Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, 1984, S. 101ff. 殆ど同内容の講演の邦訳として宮沢浩一監訳『法哲学と刑法学の根本問題』（昭和六一年）九五頁以下を参照。
- (10) Vgl. ders., Analogie und "Natur der Sache", Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 1. Aufl., 1965; 2. Aufl., 1982. (和訳・小林訳『現代法哲学の諸問題』（昭和四三年）一一五頁以下）カッペン『法哲学に関する研究』Hassemer, Die Hermeneutische Werk Arthur Kaufmanns, in: ders. (Hg.), Dimension der Hermeneutik, 1984, S. 1ff. (本論文の紹介として「石塚伸一・警察研究五七巻」号（昭和六一年）七二頁以下）この他の研究については、ホセ・ヨンバルト『一般法哲学』前掲二八九頁以下参照。
- (11) 法律学的ヘルメノイティックに関する文献として、青井秀夫「現代西ドイツ法律学的方法論の一段面——『法律学的ヘルメノイティック』の紹介と検討——」法学三九巻一号・三・四合併号（昭和五〇年）九九頁以下、三四〇頁以下、が重要である。なお、法学的ヘルメノイティックに対し批判的なものとして、増田豊「ネオ・客観的観釈論についてのディאグノーゼ」法律論叢五八巻三号（昭和六一年）一一七頁以下、がある。

法学的ヘルメノイティックは、ガダマーの哲学的ヘルメノイティック (Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 1. Aufl., 1960; 3. Aufl., 1972.) の哲学的基礎に基づいて法理論を展開するものをいう。しかし、その影響の受け方が多様であるため、一義的に規定することは困難である。増田・前掲論文二三頁以下、青井・前掲論文参照。法学的ヘルメノイティックを支持するものとして、アルトゥール・カウフマンのなか、ハッセー、ランゲンツ、ハフト、ルシニカ、エッサー、クリーレ等がいる。後三者についての紹介検討を青井・前掲論文は行っている。

(21) Arthur Kaufmann, *Analogie und "Natur der Sache"*; ders., *Beiträge zur Juristische he Hermeneutik*, S. 73ff. 解釈学的循環とこのこと vgl. ders., a.a.O., S. 50ff., 61ff., 79ff., 85ff., 91ff., 121f.

(22) Vgl. ders., *Recht und Sprache*, S. 115ff.; ders., *Parallelwertung*, S. 36ff.

(23) ders., *Recht und Sprache*, S. 105ff.; ders., *Parallelwertung*, S. 23ff.

(24) ders., *Recht und Sprache*, S. 103; ders., *Parallelwertung*, S. 27f.

(25) ders., *Recht und Sprache*, S. 103.

(26) ders., *Parallelwertung*, S. 26.

(27) ders., *Parallelwertung*, S. 26ff.

(28) ders., *Parallelwertung*, S. 18.; ders., *Recht und Sprache*, S. 115.

(29) ders., *Parallelwertung*, S. 27.; vgl. ders., *Recht und Sprache*, S. 116ff.

(30) ders., *Parallelwertung*, S. 28ff.; vgl. ders., *Recht und Sprache*, S. 109.

(31) ders., *Parallelwertung*, S. 32ff.; vgl. ders., *Recht und Sprache*, S. 110f.

(32) ders., *Parallelwertung*, S. 40.; vgl. ders., *Recht und Sprache*, S. 117.

(33) ders., *Parallelwertung*, S. 39ff.; vgl. ders., *Recht und Sprache*, S. 115ff.

(34) ders., *Schuldprinzip*, S. 197ff.; vgl. ders., *Parallelwertung*, S. 38.; vgl. ders., *Recht und Sprache*, S. 116f.

(35) ders., *Die ontologische Struktur der Handlung—Skizze einer personalen Handlungslehre*, in: ders., *Schuld und Strafe*, 2. Aufl., 1983, S. 11ff., insbe. 32f.

(36) ders., *Schuldprinzip*, S. 116ff.; ders., *Schuld und Prävention*, in: *Festschrift für Rudolf Wassermann*, 1985, S. 891ff. 本書の内容の講演の邦訳として、山中敬一訳「責任と予防」アルトゥール・カウフマン『法哲学と刑法学の根本問題』(昭和六一年)一五二頁以下、

ある。

(80) ders., *Recht und Sprache*, S. 25.; ders., *Gedanken zur einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, in: *Beiträge*, S. 89ff.

(81) Vgl. Haft, *Der Schuldialog. Prolegomena zu einer pragmatischen Schuldlehre in Strafrecht*, 1978, S. 76ff.

四 故意責任の構造

1 新カント派刑法学とともに展開された規範的責任の理論は、単なる心理的存在を問題にするに止まる従来の心理的責任論を克服し、そのような心理状態の規範的評価、即ち動機付けの過程を問題にしたのであった。その意味において、義務違反の意思が重要であった。戦後展開された目的行為論の台頭に伴い、その義務違反の意思は違法な意思として、既に不法要素に組み込まれ、責任には非難可能性という評価のみが取り残された。そこで、規範的責任論を支持する場合、責任において規範がどのように作用するか、また規範の具体的内実はどのようなものであるかが問題になってくる。法規範に決定機能が存するということは、⁽²⁾従来から全く客観的評価規範論を認めるにせよ、決定規範論を認めるにせよ――異論はなかったといつてよいであろう。しかし、その意味するところは必ずしも一義的ではなく、曖昧である。

規範の決定機能を命令(Imperative)と同一視することは、相当問題であると思われる。刑法上、規範理論はビングに始まるが、同時に彼は刑法上規範と命令を一致させた最初の人であるともいえる。このことが象徴するように、規範を命令と同一視する理論は、実証主義的な法思想に由来しているのである。つまり、実証主義法思想では、「伝統的で法的な制定法概念を『規範』という表現と同一視し、その概念が規範倫理的な意味内容を喪失して」⁽³⁾しまい、規範を「人間の行動に対する抽象的な命令」と定義したからである。このような命令主義的な規範論は、法をあ

まりにも權威的なものにしてしまうことになる。「日常語においては、通常、『命令』という語は上下の關係が存在している場合に使われ」、「命令行為は、誰か命令する者と、或る行動を命令される人物ないし人的集団とを同時に前提としている」⁽⁴⁾からである。

むしろ「法規範」は「それによって行為を『事例』として判断するものなのである。規範によってもっぱら命令的な機能が与えられている場合には、それは実地に適用される判断の基準ないし尺度なのである」。例えば、裁判官は法律に拘束されると言うとき、裁判官は法律の「命令」に服従している訳ではなく、法律を判決形成の基準ないし尺度として「適用」し、「解釈」するのである。⁽⁵⁾同様に、一般市民も、法規範の命令に服従しているのではなく、法規範の提示している行動の「規準」を自己の遂行する行動の尺度として用いるのである。そこで、規範とは、第一義的には、行動の「規準」である。⁽⁶⁾

この意味で、法規範を裁判官に向けられた「命令」と理解するM・E・マイヤー、法規範を評価規範として把握しようとするメツガー、E・シュミット等の考えには、一部正當なものがある。けれども、法規範は、裁判官だけに向けられている訳ではないし、客観的外部的事態だけを評価する訳でもない。法規範は行動の規準であって、一方では、法律効果の付与の判断の規準として裁判官に向けられ、他方では、市民に対しその行動の規準として向けられているのである。規範によって示された行動類型はいわば指導形象(Leibild)⁽⁸⁾として捉えることができる。裁判官は指導形象によって事例を判断し、市民は指導形象によって自己の行為を理解するのである。

2 以上のような規範の理解は次のように犯罪論体系に組み込むことができる。まず、ある態度が規範の提示する規準に矛盾するかどうかという問題が違法性の次元で検討される。これは、裁判官が法の規準を裁判時に解釈あるいは適用して行われる。その意味では、客観的規準に対する矛盾の有無を検討する判断である。次に、具体的な個々の

行為者が、規範の提示する規準によって動機付けられることができたかどうかという問題が、有責任性の判断において検討される。このようにして、不法と責任は区別されることになる。アルミン・カウフマン等のボン学派の規範論は、不法を動機付けの方向（規準との合致の有無）とし、責任を何によって動機付けられえたかという問題であると⁽⁹⁾しているのは、この限りでは、正当である。

しかし、この場合注意しなければならないのは、裁判官が裁判に際して適用する規範と行為者が行為時に自己の行為の適否を判断するのに用いる規範が、異なっているということである。裁判官が用いる規範はまさしく「法」規範であるのに対して、行為者は必ずしも規範を「法」規範として、あるいは法規範と同様に厳密な概念内容において認識する訳ではないのである。法規範は、いわば当該社会の社会規範として、あるいは社会規範化した法規範として、行為者に対して立ち現れる。M・E・マイヤーの「文化規範」の概念は、行為者の意思形成に関わる規範が、当該社会において妥当している社会規範であって、法規範がそのままの形では妥当していないことを明らかにするものとして、理解されるべきである。刑事責任の問題にする限りでは、「文化規範」の概念と道徳又は習俗の諸規範を全く同様に見ることは不当である。

3 ところで、責任概念の「規範」性は、責任が単に心理的事実に止まらず、心理的事実に対する判断であるという意味で主張される。つまり、一定の心理的状态を「非難可能」⁽¹¹⁾だとか、「義務違反」というように、評価ないし判断することが、刑法上の責任において要求されるとするのである。これはカントの「合法性 (Legalität)」と「道徳性 (Moralität)」の区別と関連付けて理解できる。カントによれば、⁽¹²⁾合法性においては、動機の如何を問わず、法則との単なる合致を問題にするが、道徳性においては、法則から生ずる義務の観念が行為の動機であるかどうかを問題にする。これは、刑法においては、合法性が（行為に対する価値判断という意味で）行為無価値に、道徳性が（行為

者の心情に対する価値判断という意味で) 心情無価値に各々対応するものと考えられる。責任において判断が問題であるという場合には、道徳性の立場が全面にでてくるが、責任を(個々の行為に対する個別的なものであっても) 心情無価値と全く同視するのは危険である。寧ろ、責任は行為無価値と心情無価値の中間に位置している。よく言われるように、自己に対して「判決を下す」ことができるのは、自分だけである。心情に対する価値判断は良心の判断としてのみ可能である。この判断に外部から介入することは不可能である⁽¹⁴⁾。そこで、裁判官は自己の良心の経験を問いただし、行為者の「代理」として、行為者の有するであろう良心の判断へと推論するのである。裁判官は、「義務」と「遵守」の二つの立場を絶えず行きつ戻りつしながら、このような経験的判断を行うのである⁽¹⁵⁾。

4 では、一般に「責任」という概念は、どのような構造を有していると考えることができようか。M・E・マイヤーにおいては、責任は倫理学的概念の借用物であった⁽¹⁶⁾。ゴルトシュミットはこのような責任の概念を法的な刑法上の責任として構成したとも言われる⁽¹⁷⁾。けれども、「責任」の問題においては、「倫理」的要素あるいは「倫理的」概念との類似構造が混入することを完全に回避するのは、不可避のように思われる⁽¹⁸⁾。そもそも、「責任」という用語で、従来から意味されてきたことは、およそ次の三つの内容に分類できると考えられる⁽²⁰⁾。第一は、良い意味にも悪い意味にも使われ、しかも現在、過去、未来のどの形においても使用できるものである。第二は、常に過去の、そして悪いことをした場合にのみ使用されるものであって、倫理の意味を有するものである。最後は、負担を負う場合、損害賠償義務を負う場合に、使用されるものであって、倫理の意味合いは必ずしも含まれていないのである⁽²¹⁾。ここで問題になるのは、第一のものと第二のものとのである。

刑法上の責任を考察する場合、まず、一般的な「責任 (Verantwortung)」について考察することが有益である。「責任がある」と言うとき、通常そこでは常に誰に対する責任か、誰が責任を問うかが問題になる。つまり、責任は

単に主観的・個人的な事柄に尽きるものではなく、責任が問われる場合には、自己以外の他人が必要である。⁽²²⁾「責任」という概念はいわば「コミュニケーション」的に理解されるべきである。リーデルに従って言う⁽²³⁾と、責任という概念には「相互関係および双務的要求という関係が含まれているのである」。責任とは、人格と人格との相互的な関係や行動によって事態にたいして答えることを求める人格の要求に関わるコミュニケーション的な概念なのである。例えば、Aは、彼が行ったことについて責任があり、しかもそれについて彼に責任があるとなしうる他者にたいして責任があるのである。ここでも、このような応答関係は問いと答えとの相互作用から成り立っている人間に固有の言語性に基づいているのである。

刑法上の責任概念も、このような「倫理」的責任概念と並行しているのである。⁽²⁴⁾これは、法的世界と日常世界とが言語性の次元で並行していることによる。⁽²⁵⁾このコミュニケーション的に理解された責任は、多層的概念である。つまり、既に「責任がある」何事かについて、我々は「責任を問われる」のであり、また「責任を果たす」ことによつて、再び他者とのコミュニケーションの秩序に復帰できるのである。⁽²⁶⁾これをアルトゥール・カウフマンやハフトの所謂「責任対話」という観点⁽²⁷⁾から、刑法上の責任に導入すると、「責任」という言葉により、一方では行為者に責任を問い、それを果たすことを求める裁判官の判断を意味し、他方では、行為者の責任性、即ち行為者の罪悪が指示する責任の可能性が意味されているのである。つまり、裁判官は、行為者の有するあるいは既に行為者に存在する「責任」を見出すことによって、そこから法的な「責任」を判断し、帰責することにより、行為者に対して「責任」を問うのである。⁽²⁸⁾このような責任は、単に行為に對する帰責という過去の局面を越えて、将来の行動の展開にも関係していることになる。⁽²⁹⁾この意味で、刑法上の責任が前提にすることは、「人間は自己答責的に行為する」ということである。

以上から、責任判断の対象は、行為者の有する責任であり、そこから帰結された判断としての責任は裁判官の頭において生み出され、行為者に帰せしめられることになる。この意味で、責任判断の資料は具体的な行為者であり、判断の基準は裁判官である。裁判官は自分の体験(Erfahrung)から具体的行為者と法との同化を行い、行為者の責任を判断するのである。従来より、責任判断(期待可能性)の基準について対立があったが、いずれも一面的であり、妥当ではない。⁽³¹⁾強いて基準を公式化すると、具体的な行為者と裁判官との同化の過程で生み出される「類型的な平均人」が基準であると言える。⁽³²⁾

5 以上のように、「責任」には概念上「倫理」的要因が付随する。「責任は非難可能性である」というとき、既に責任が倫理的なものであることが前提にされている。というのも、非難は過去の行為への否定的評価を不可欠の要素とするからである。⁽³³⁾

刑法に倫理的要因を導入することに対して拒否的な態度を採る者は、現代社会においては、何が倫理的に正しいかが相対的であることを殊更強調する。⁽³⁴⁾確かに個人の尊厳の原理を基調とする現代社会は、価値の相対性の認識を基礎に運営されなければならないであろう。個人の多元的な生活様式を是認している時代においては、倫理のレベルでも相対主義が優先されねばならないという考えが好まれる。しかしながら、寧ろ議論は逆であって、様々な価値の多元性・相対性を維持しつつ、個々の人間が共存するためには、そのような共存を可能にする「倫理」的根本原理が必要なのである。即ち、個人が自己の価値観を維持しながらも、他者の価値観に対し寛容であるという形態の共存が保証されるためには、価値の相対性を脱却し、普遍的に妥当する根本規範が必要なのである。⁽³⁵⁾

この根本規範の具体的内容を完全に究明することは不可能であるが、最低限、個々人の「コミュニケーション」を保証するものでなければならない。⁽³⁶⁾先に述べたように、言語哲学的視点からは、我々は言語によって世界を我ものと

し、創造していくが、それゆえに、誰も他者と同一の世界は持ちえないのである。社会生活は、個人が自己の有する世界を他者と共有することによって可能となるのであり、世界の共有のためにコミュニケーションが重要な意義を持つのである。換言すると、刑法上の責任において問題となる「倫理」とは「社会生活の中で人間が共に生きていく限り個人の生活利益を相互にかつ平等に侵害しないという人間の基本的な在り方」と考えられる⁽³⁷⁾。

責任において倫理的要因を拒否する見解は、法益侵害の原理を責任論でも貫徹する。「責任とは、刑罰による非難が犯罪行為を回避させる動機付けとなりうるような行為者の心理状態である⁽³⁸⁾」という説明がその典型である。この見解は、刑罰が科されるから責任があるという悪循環に陥るきらいがあるばかりか、処罰を基礎付ける法益侵害原理を処罰を限定すべき責任論で妥当させるもので、自己矛盾に陥りかねない⁽⁴⁰⁾。しかも、この見解は、徹底した形態をとると、論者の意図とは正反対の方向へ趣くことになる。法益保護のための刑罰威嚇という理解が責任の決定論的理解と結び付くと、結局、責任の概念は消失し、そこには、褒章と刑罰のシステムによる外部的統御が成立し、「非難可能性」に代えて「統御可能性」の概念が現れるのである⁽⁴¹⁾。統御可能性のもとでは、もはや人間の尊厳は幻想と化し、出発点である法益保護すら不要となりかねないのである。

(1) Vgl. Maurach/Zipf, Lehrbuch, S. 179ff. 目的的行為論に関して、内藤謙「目的的行為論の法思想史的考察」刑法雑誌九卷一号（昭和三年）一頁以下、二号一七三頁以下が重要である。もっとも目的的行為論の内容はそれほど明確ではな^い。vgl. Armin Kaufmann, Die Reform des deutschen Strafrechts, in: Strafrecht und Strafrechtsreform, 1974, S. 7. 増田豊「刑法規範の論理構造と犯罪論の体系」法律論叢四九卷五号（昭和五二年）一二二頁以下参照。

(2) ヴェルツェルは「法は、いずれにせよ実力であらねばならな^い」とたびたび言う。vgl. Welzel, Macht und Recht, in: Abhandlungen zum Strafrecht und Rechtsphilosophie, 1975, S. 289.

- (3) マンフレッド・リーデル「道徳規範と法規範——規範理論の根本問題——」同『解釈学と実践哲学』(昭和五九年)二〇三頁以下、二〇九頁「矢崎河上訳」。これは Riedel, Norm und Urteil, 1978. の第二章であるが、リーデルに関するかぎり、引用は全て邦訳の文献からした。なお、リーデルは、ガダマー及びK・レーヴィットの指導を受けていたのであり、やはりヘルメノイティックの哲学思想のなかに位置付けられる。
- (4) リーデル・前掲書二〇五頁。
- (5) リーデル・前掲書二〇七頁以下。
- (6) 井上茂「規範の規範性——自明の理を考える(続)」法律時報五六卷一二号(昭和五九年)八〇頁以下、参照。井上博士によれば、「それに従うように指示して行動なり事態に実現されることをめざす」規範の働きを「規範」性という(同論文八〇頁)。ここに示されるように、規範本来の意味は規範である(リーデル・前掲書二二七頁)。なお、井上茂「規範について——自明の理を考える」法律時報五五卷一一号(昭和五八年)五七頁以下、参照。
- (7) 本文の見解は一応客観的評価規範論ということになる。但し、メッガーの主張するような決定規範を考えるものではない。寧ろ規範の決定機能というのは、規範のみならず「価値感情的色彩」(A・シニツ)の意思決定過程における作用を意味する。
- (8) ベーリングの「指導形象」と全く同様のものを考えている訳ではない。vgl. Beiling, Der Lehre von Tatbestand, 1930.
- (9) Vgl. Armin Kaufmann, Normentheorie, S. 179.; Welzel, Das neues Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., 1961, S. 39.; Horn, Verbotstirtum und Vorverfbarkeit, 1969, S. 138.
- (10) vgl. Arthur Kaufmann, Unrechtsbewusstsein, S. 140f.
- (11) Vgl. Achenbach, Schuldlehre, S. 133ff.
- (12) Kant, Metaphysik der Sitten, in: Immanuel Kants Werke Bd. III, 1973, S. 19ff. (吉沢・尾田訳『人倫の形而上学』(昭和四四年)四〇頁以下、五六頁)。金沢文雄『刑法とカント』(昭和五九年)三一頁以下、ホセ・ヨンバルト『一般法哲学』前掲九五頁、参照。
- (13) 長井・前掲論文一四九頁以下はこの方向を探る。
- (14) Haft, Schuldalog, S. 14f.; vgl. Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, S. 197ff.; ders., Parallelwertung, S. 38. カントは純粹の心情刑法は、認識論上の諸根拠から禁じらるべきである。
- (15) Vgl. Arthur Kaufmann, Schuld und Prävention, S. 896.
- (16) Mayer, Schuldhafte Handlung, S. 104ff. M・A・ペイヤーはヘリネックの「法は倫理の最小限じめる」という言葉 (Jellinek, Die

sozialistische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878, S. 42) をもつて「法的責任は倫理的責任の最小限である」と述べている。この点について、ホセ・ヨンバルト『一般法哲学』前掲二二二頁以下、金沢『刑法とモラル』前掲二七頁以下、参照。

- (17) Goldschmidt, Norstand. Ein Schuldproblem, 1913.; ders., Normativer Schuldbegriff, in: Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Reinhard Frank zum Geburtstag, Band I, 1930. 佐伯「刑法における期待可能性思想」前掲四四頁以下、瀧川「期待可能性論の回顧」前掲四一三頁以下、参照。

- (18) 平場安治「責任と故意」刑法雑誌二二卷一号(昭和三十六年)二二頁、参照。

- (19) 森村進「行為責任・性格責任・人格形成責任」前掲五三頁以下、参照。

- (20) 金沢文雄「刑法とモラル」前掲一〇四頁。金沢教授が指摘されるように(一〇三頁)日本語では必ずしも一義的内容が確定している訳ではない。ホセ・ヨンバルト『刑法の七不思議』(昭和六二年)九一頁以下、参照。

- (21) こゝでは、発生した結果の負担(Haftung)だけが問題である。金沢・前掲書一〇五頁、参照。ハフトによれば、「純粹の結果責任(Erfors-haftung)は刑罰を人間の人格から徹底的に切り離すことを前提とし、結果責任を徹底すると、「責任刑法(Schuldstrafrecht)」という概念を廃棄することに行き着く。他方で、責任刑法を突き詰めて行くと、純粹の心情刑法に至るのである(Haft, Schuldlos, S. 13ff.)。しかし、彼は「責任と結果の両極性」を主張する。その意味するところは「他方がなければ一方を認識できず、一方がなければ他方を帰責できず、両事象——認識と帰責——とも、責任(Schuld)の引き受けの開始を同時に意味する談論(Miteinanderreden)の過程を前提とし、そのことで責任(Verantwortung)が成立し、責任(Schuld)が贖罪(Sühne)により合理的に摂取される」ということである。

- (22) ヨンバルト『刑法の七不思議』前掲九五頁。

- (23) リーデル・前掲書二八一頁以下。

- (24) ヨンバルト・前掲書九七頁以下、参照。

- (25) Vgl. Arthur Kaufmann, Parallelwertung, S. 36ff.; ders., Schuldprinzip, 197ff.

- (26) リーデル・前掲書二八三頁以下。

- (27) Arthur Kaufmann, Parallelwertung, S. 36ff.; Haft, Schuldlos, S. 76ff.

- (28) カウフマンはついで責任判断の類比性を語り、責任判断を代理する受託の判断と比べ、Vgl. Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, S. 197ff.; ders., Analogie, S. 42f.

(29) Arthur Kaufmann, Schuld und Prävention, S. 89f.

(30) 期待可能性の基準に関しては、行為者標準説、一般人標準説、国家標準説がある。各学説の主張者については、佐伯『刑法における期待可能性』前掲二九五頁以下、大山弘『期待可能性の構造について——『可罰的責任』の観点から——』犯罪と刑罰第二号（昭和六二年）二九頁、を参照。

(31) 行為者を基準とすることは純粹には買けないであろう。平均人を標準とすることは結局責任判断を空洞化することになる。国家標準説は道法行為を期待する国家の存在に注目し、期待可能性が評価の問題であることを指摘する点は妥当である。しかし、基準については何等の答えを引き出すものではない。最近では、可罰的責任論の立場から、行為事情を類型化し標準とする見解が主張されている（米田泰邦『犯罪と可罰的評価』（昭和五八年）一一三頁、など）。結論的には賛成できるが、その前提とする可罰的責任に問題がある。以上の点につき、森村・前掲論文参照。なお、森村助教は行為責任を徹底する立場から、行為者の個性や具体的意思決定過程の抽象化を説き、本稿と正反対の立場にある。同様の方向は、平場安治『責任の概念要素と刑事責任論の根底』団藤古希第二巻五二頁にも見られるが、その論証過程は森村論文とは相当違いがある。

(32) アルトゥール・カウフマンの次の言葉が印象的である。「平均性あるいは一般性は『それ自体』は存在せず、常に『何かを考慮して』初めて存在するものである。これが意味することは、……『一般的動機付け可能なもの』として考えられるべきものの確定は類推の過程を示すということである。従って、平均人は抽象概念ではなく、具体的な実在物でもなく、寧ろそれは類型である（Kaufmann, Schuld und Prävention, S. 893）。この『類型』は具体的事実と我々の経験の類推的同化の過程を通じて生み出される。vgl. ders., Schuldprinzip, S. 279ff.

(33) 森村・前掲論文五三頁以下、金沢・前掲書一〇三頁以下、ホセ・ヨンバルト『一般法哲学』前掲二二三頁以下、参照。

(34) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（昭和四七年）四四頁、同『刑法の機能』同『刑法の基礎』前掲九三頁、参照。

(35) K-O・アペール『科学時代における責任倫理の合理的基礎づけ』（山脇・大橋訳）思想七三九号（昭和六二年）四六頁以下、とりわけ七二頁、参照。

(36) 個々人のコミュニケーションの保証するための根本規範を「社会倫理」と呼ぶことができる。この点と関連して、リーデル・前掲書二四一頁以下、参照。

(37) 内藤謙『刑法講義総論（中）』前掲三三五頁。森村・前掲論文五五頁は「人々が平和に共存するために必要な行動の規範」とする。同論文の一〇二頁の注9も参照。

(38) 町野『犯罪論と刑罰論』前掲一四九頁。平野龍一『刑法総論Ⅰ』前掲五二頁以下、同『刑法の基礎』前掲四四頁、同『刑法概説』（昭和五二

故意責任の構造について（石井徹哉）

年）七二頁、林美月子「情動行為と刑事責任（一）」神奈川法学一八卷二号（昭和五八年）八頁以下、同「実質的責任概念」板倉・藤木編『刑法の争点（新版）』（昭和六二年）七〇頁以下、参照。

（39）ホセ・ヨンバルト『刑法の七不思議』前掲一〇三頁。

（40）森村・前掲論文五六頁以下。

（41）リーデル・前掲書二八六頁以下。

五 責任判断と違法性の意識

1 これまで既に概観したように、私見によれば、故意は責任判断の対象である。そこで、故意の内容には、責任判断の対象として相応しい内実が要求されることになる。他方で、故意は責任判断の対象に止まるものではなく、反動機形成に対する提訴機能を有するものでなければならぬ。このような機能を有して初めて、故意は、責任の実体として相応しい地位を与えられるのであって、所謂「禁止の錯誤」においても、尚故意責任を問うるに必要要件を備え、責任主義の理念に合致することになるのである。以上のような内容を故意に認めるために、故意には社会的有害性の意識が必要である。

社会的有害性の意識は、単なる前法律的な社会倫理違反の意識や反道義性の意識ではなく、社会的意味における法益侵害性の意識である。⁽²⁾ 行為者は、行為時に自己の行為の「意味」を認識しているが、行為者の認識した「意味」は生成しつつある世界に対する主体的関与たる行為の意味であるが故に、価値への理解ないし洞察をも含むものである。従って、その行為が犯罪行為である場合には、行為の無価値性の認識を行為者は有していなければならない。けれども、この認識は行為者の「社会化」のなされてきた世界での意味における認識にすぎず、⁽³⁾ 行為の無価値性の認識も社会的観点により制約されるのである。この意味で、社会的有害性の認識は社会的意味における法益侵害性の認識

である。

そこで、社会的有害性の認識の重要な機能が明らかになってくる。行為者は、自己の社会化の過程において修得してきた形において自己の行為が無価値であることを認識していた場合には、反対動機を形成することが可能であると言ふことができる。即ち、社会的有害性の意識には、犯罪行為の遂行に対する反対動機形成に対する提訴機能がある。⁽⁴⁾ 所為の有する無価値内容が行為者に行為を思い止まらせるような「刺激」を与えることができ、それによって犯罪行為の遂行を思い止まることが可能であったと言えるのである。

行為の客観的側面において考察するならば、違法 (rechswidrig) と評価されるもの、即ち不法 (Unrecht) は専ら法的に意味ある全ての事情を含んだ全態度であつて、通常その個々の側面を取り出して評価することはないのと同様に、そのような態度の個々の側面の評価の認識だけを問題にすることには、疑問がある。この意味で、事実の認識は所為事実の意識として社会的有害性の意識に収束することになる。「違法性」の意識ではなく、「社会的有害性」の意識が「故意と過失とを分かつ分水嶺」なのである。

以上のような理解は、とりわけ新しいものではない。従来より、所謂規範的構成要件要素の認識に関して、その意味を行為者は法律的、構成要件的概念をもつて知る必要はないが、日常生活上の具象名詞をもつて知る程度で足りるとされてきた。けれども、具象名詞をもつて知るといふことの内容には、その名詞が支える実体関係が備える社会的意義の認識も含められているのである。事実認識とは、この意味で、「決して対象の感覺的認識ではなく、……その対象の備える社会的意義の認識を含まずしては不可能である」⁽⁸⁾。法益侵害の意識は故意に属するが、他方でこのことは故意説を採ることは意味しない。違法性の意識が可能であるためには、その前提として法益侵害行為の知見が必要となるのである。メツガーは、この方向を採りつつ、更にそれを洗練して、素人領域における並行評価の理論を構築

し、アルトゥール・カウフマンはこれを更に展開して、社会的有害性の意識を故意の要素としたのである。⁽⁹⁾ 故意の要素としての「社会的有害性の意識」と責任の要素としての「違法性の意識」の区別は、規範的責任概念と共に、古くから存在するのである。

2 故意は社会的有害性の意識を中核とする。このような故意は、行為者の意思形成過程に直接影響するために、その規範的評価である責任を実質化することになる。その意味において、実質的に理解された故意は、責任の実質的理解の基礎である。逆に言うと、故意の内容を事実化していく試みは、責任を形式的に理解する方向と結び付きやすい。責任主義を貫徹するためには、故意を実質化しなければならない。

以上のように理解された故意は、裁判官の責任判断において、その判断の対象としての機能を果たす。しかし、責任判断の単なる対象ではない。⁽¹⁰⁾ 裁判官は、行為者の責任を判断する際に、この不法の意識を法的な違法性の意識へと高めるのである。社会的意義においてのみ存在する行為者の意識は、法的責任にとって十分なものではない。裁判官は、行為者のそのような「責任の基礎」を土台にして、法的責任を構築していくのである。責任判断は裁判官の創造的行為である。

この場合、社会的有害性の意識は、いわば社会的意味における法益侵害性の意識と解されるから、裁判官の責任判断の過程において行為者の遂行した行為の有する違法性を法的責任へ媒介する機能を有する。故意が反対動機として作用しえた程度に応じて、責任が量定されることは、従来も認められてきたが、これは故意を社会的有害性の意識として構成し、故意を実質化する場合に、理論的基礎を獲得するのである。社会的有害性の意識は、行為者の遂行した行為の違法性の心理的反映であり、⁽¹¹⁾ 裁判官の判断において違法性の意識へと移行する訳であるから、行為の違法性はその過程において責任へ取り込まれ、行為者の刑事責任を決するのである。社会的有害性の意識は、単なる責任判断

の対象ではなく、違法性を責任へ媒介する機能を随伴する対象である。⁽¹²⁾

3 刑法上の責任は、その概念構造上、二つの意味を持つ。一つは行為者の有する責任であり、一つは行為者の有する責任に対する裁判官の判断である。前者の中核を為すのは、社会的有害性の意識である。行為者は「だます」「殺す」「かつあげ」等という言語的認識によりこの意識を獲得する。この認識は、行為者の「社会化」の過程で、行為者が直面してきた諸規範を通じて認識した言語形象に制約されるのである。それは法定的厳密な概念とは懸け離れたものである。従って、行為者はこの意識によって責任を持つとしても、この責任はまだ法定的なものとは言えない場合が多い。けれども、規範が法規範に由来する場合には、行為者が認識した言語形象は法概念と平行するのである。まさにこのことから、行為者の社会的有害性の意識を裁判官の違法性の意識へと高めることができるのである。この「裁判官の頭にある責任」は判決として行為者に返され、これを行為者は引き受けることによって社会復帰への一步を踏むことになる。

以上の理解からは、「素人領域における平行評価」の公式は、従来とは異なる意義を有する。「素人領域における平行評価」は、単に行為者の認識する概念が法的なものでなく、素人的なもので足りるということだけでなく、行為者の社会的有害性の意識と裁判官の違法性の意識を、創造的に結合し、関連付けるものである。行為者は、ある意味で、その行為に関する規範をそのままの形で受け入れたのであって、何等平行的に評価を行っている訳ではない。寧ろ、裁判官が、行為者の社会的有害性の意識を厳密な違法性の意識として生み出すことにより、平行評価を行っているのである。⁽¹³⁾

従って、平行評価の公式が単に規範的要素のみに関連するとみえることは適切でない。⁽¹⁴⁾ 行為者は自己の行為を有機的に理解し、一つの事態として、行為全体を規範的に理解する。社会的有害性の意識は、この精神活動の所産であるが

ゆえに、行為全体の価値に関わる。同様に、裁判官の意識における違法性の意識も、行為全体の評価である。従って、行為の評価の平行性という点において、「素人領域における平行評価」は所為全体の評価に関わる問題なのである。

4 裁判官において為される平行評価とはどのようなものであるか、裁判官意識としての違法性の意識とはどのようなものであるか。ここでは、これらの点につき検討を加えることは不可能であり、そのような検討のための準備作業を行うに留めざるをえない。

社会的有害性の意識を故意の要素であるとする立場からは、「違法性」の意識を故意の要素とする故意説は、過剰なものを故意に要求する点で、不当である。確かに、行為の意味の知見が欠けるなら行為者に適法な態度を採らせうる抑制的刺激もまた欠けることになるから、行為の価値の認識は行為者の責任にとって重要である。しかし、故意に「違法性」の意識を要求することは、自己の態度が法秩序に対して不服従であるという行為者の認識を要求すること意味する。このような理解は法を権威的に理解する傾向にあるからである。即ち、「違法性」の意識が反対動機の形成に役立つという理解は、行為の決定的意味である当罰性を法律規範の侵害にみることを意味し、もはやその根拠は法の権威性に求めるしかないからである。¹⁶これはまさにビンディングが目指した方向であった。

他方で、責任は行為に対する有責任の評価に尽きるとする責任説も不当である。この見解は故意を事実化する方向に向かう。しかし、このように事実化された故意は、責任の実質的基準を明らかにできない。非難可能性という評価に尽きる責任は、行為者の責任が裁判官の頭にしか存在しないというもので、責任を空洞化するものである。犯罪の一面面であるはずの責任が、犯罪から遊離してしまうことになる。これを回避するために、アルミン・カウフマン¹⁶は、義務認識能力と義務遂行能力からなる「責任能力」だけが責任であるとして、責任を単に一つの能力に代替し、

いわば「当為」と「可能」によって不法と責任を区別する。しかしながら、責任を単に行為者の能力にしてしまうことは、責任を形式化する点では同じであり、何等問題を解決するものではない。

故意は、存在する事実の主観的反映として価値への洞察をも含むものであるから、そのような行為の意味（価値なし無価値）の認識が欠ける場合には、故意を否定すべきことになる。ビンディング⁽¹⁷⁾は、法律の錯誤と事実の錯誤の区別を否定し、所為事実の錯誤だけを問題にしたが、これは正当な洞察を含んでいる。だが、法秩序に対する矛盾の意識である違法性の意識は、故意とは関係がなく、その欠如は故意に影響するものではない。

このように実質化された故意に基づき、違法性の意識が、法的に洗練された裁判官の意識として裁判において浮上する。これは、非難として行為者に付与されることによって、行為者の社会復帰への扉を開くものである。責任判断とは社会的有害性の意識を違法性の意識へ高めるものだとするとき、その判断の過程において、違法性の意識の可能性という要素を取り込むことは可能である。違法性の意識の可能性を責任要素として要求する場合、責任判断を言語性の形態での法的次元と社会的次元との相応化と理解することから、違法性の意識の可能性は、行為時により強い反対動機形成の可能性があったかどうかという期待可能性の問題の一部として理解するのが妥当である⁽¹⁸⁾。

5 故意に社会的有害性の意識を含ませる私見に対する批判は厳しいものがあると考えられる。ここではそのいくつかについて言及することとする。

第一は、規範的構成要件要素の錯誤の問題である。伝統的に錯誤論では常に二つの錯誤の区別が問題になっていた。古くは法律の錯誤と事実の錯誤の区別であり、最近では禁止の錯誤と構成要件の錯誤の区別である。その概念が異なっているとしても、故意を阻却する錯誤と阻却しない錯誤の区別が問題である（ここでは、最近の流れに従い、禁止の錯誤と構成要件の錯誤という用語で、故意を阻却しない錯誤と阻却する錯誤の区別をあらわすことにする）。私見

によれば、構成要件の錯誤にも評価的要素が流入することになるため、相当程度構成要件の錯誤と禁止の錯誤とが接近することになるであろう。しかし、故意の中核が社会的有害性の意識である以上、所為の有害性の知見が故意阻却にとって決定的であると考えられる。また、この区別の問題にも、*in dubio pro reo* の原則が妥当するから、故意が認定される範囲の不当な拡張は回避される⁽¹⁹⁾。

第二は、確信犯人の処罰可能性である。確信犯人の場合には、自己の所為が正当であるという評価を行為者が有しているため、社会的有害性が欠如するかのように考えられる。しかし、所為の社会的有害性は法益侵害性を基礎とするから、個人の確信や評価とは関係しないのである。行為者がその社会において成長し、生活してきたときには、通常社会的有害性の意識を認定できるはずである。

最も困難な問題を提供するのは、行政取締法規違反の場合である。複雑・詳細で、多岐に渡る行政法規は一般市民には理解困難であり、錯誤が生じやすい状況にある。責任説に従えば、構成要件に相応する事実の認識があれば、その法的に重要な価値の知見がなくとも処罰ができ、実務上困難は生じない。しかしながら、禁止の錯誤が生じやすい状況を無視して処罰を貫徹することは、刑罰という強制手段を市民に無批判に押しつけるものであり、不当である。

禁止の錯誤が生じやすいという立法上の問題を等閑視してはならない。行政取締法規違反を犯罪として処理しようとする以上、罪刑法定主義・責任主義の制約に服するのである。故意に社会的有害性の意識を含ませることが責任主義に資するのであるから、この領域では、社会的有害性の意識を市民が喚起できる形式での立法化が望まれるのである。それが不可能である場合、当該違反を犯罪として扱うことは回避されるべきである。立法上の不備を安易に解釈論で処理しようとするのは、罪刑法定主義・責任主義に反し、問題である⁽²⁰⁾。

- (1) Vgl. Arthur Kaufmann, Tatbestand, S. 119
- (2) ders., Irrtümer, S. 188. 1)が反道義性を要求する見解、即ち規範論的な故意説との分岐点である。瀧川博士は反条理性の意識を要求されるが、結局は私見と同方向にあると考えられる。瀧川「錯誤論の一考察」前掲三三三頁、同『犯罪論序説』前掲二〇六頁、参照。この意味で、町野教授の批判（『違法性』の認識について）前掲二〇六頁は問題を単純化し過ぎており、不当である。なお、平場「法律の錯誤」前掲三五七頁、参照。
- (3) Vgl. Kaufmann, Parallelwertung, S. 28ff.
- (4) Vgl. Kaufmann, Irrtumsregelung, S. 138, 143f.
- (5) 1)の刺激は、前述のように、所為の評価の価値感情的色彩によりもたらされる。
- (6) 違法性と不法を区別すべきことをカウテンはここに説いてゐた。vgl. Kaufmann, Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, in: Schuld und Strafe, S. 81ff.; ders., Irrtümer, S. 188f. ユーレンホルも同様の主張をするが、1)は、何故不法の意識（Unrechtsbewußtsein）を違法性の意識の可罷性（Die Möglichkeit des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit）と同視すべきでないか。Vgl. Welzel, Lehrbuch, S. 51, 164ff.
- (7) 中義勝『最近錯誤理論の変遷』（昭和三三年）一一頁以下。
- (8) 中・前掲書一一三頁。
- (9) 中・前掲書一一三頁以下、参照。この理解は福田・前掲書八〇頁以下とは異なる。
- (10) Kaufmann, Recht und Sprache, S. 116ff.; ders., Parallelwertung, S. 40f.
- (11) 1)から、抽象的事実の錯誤について解決の方向が見出せる。故意を肯定できるのは、意識された社会的有害性と現実の法益侵害性が一致する場合である。即ち、法益侵害性に還元された所為の意味が一致しておればよい。この意味で、罪質符合説あるいは町野説（法定的符合について（二））前掲八頁以下）になる。なお、最決昭和六一年六月九日（刑集四〇巻四号二六九頁）において谷口裁判官は町野教授の見解を支持される。
- (12) 以上のような社会的有害性を含む事実の認識が刑法三八条にいう「罪ヲ犯ス意」である。
- (13) Vgl. Kaufmann, Parallelwertung, S. 40.
- (14) 規範的構成要件要素と記述的構成要件要素の区別は具体的そのみ貫徹であるかの点に於て。vgl. ders., a.a.O., S. 10f., Anm. 24.

故意責任の構造について（石井徹哉）

- (15) Vgl. Giannidis, Theorie der Rechtsnorm auf der Grundlage der Strafrechtsdogmatik, 1979, S. 62ff.
- (16) Armin Kaufmann, Normenhortie, S. 139, 179.; vgl. ders., Weizel-Festschrift, S. 396.
- (17) Binding, Normen III, S. 113, 115, 146ff.; Normen II, S. 52ff.; ders., Schuld, S. 65.
- (18) 木村亀二『犯罪論の新構造』前掲四三五頁以下、参照。木村博士は、違法性の意識の可能性と期待可能性を意思形成の内部的事情と外部的事情により区別するが、両者は同一の事態の異なった観点から眺めたものにすぎないとされる。なお、期待可能性と違法性の意識の可能性の關係について、川端「期待可能性」前掲二五〇頁、参照。
- (19) Arthur Kaufmann, Irrtümer, S. 191f.
- (20) Vgl. ders., Unrechtsbewußtsein, S. 196.; ders., Irrtumsregelung, S. 145.

結びに代えて

故意には社会的有害性の意識が含まれ、これが主たる責任判断の対象を形成することになる。この意識は社会的意味における法益侵害性の意識であり、故意責任は、それが与える価値感情的色彩が意思形成過程に作用しえないことを非難するものである。そこで、この意識が存在することにより、責任が実質化され、責任主義に資することになる。他方、この意識を法的な違法性の意識へ高めるのが、裁判官の責任判断である。この意味で、素人領域における平行評価は、行為者の意識の面のみならず、裁判官の責任判断の面にも存在することに注意しなければならない。

以上の結論は、抽象的議論に基づくものであり、具体化の作業が必要である。しかし、この点の考察はまだ不十分であり、今後の検討に委ねるほかはない。従って、具体的解釈問題に基づく、私見の検討が迫られているのである。また、法律学的ヘルメノイティックを十分な検討をせずに立論の基礎としたが、この理論の検討も今後の課題としなければならない。