

# 竹田直平の規範理論

## ——規範の機能・淵源・規範違反の内実について——

三 上 正 隆

序

第1章 規範の機能

第1節 二つの支配方法

第2節 行為規範の機能

第3節 評価規範の機能

第2章 規範の淵源

第1節 刑法

第1款 刑法各本条

第2款 違法性阻却事由の規定

第2節 刑法以外の成文法及び不文法

第3章 規範違反の内実

第1節 規範と行為概念

第1款 規範的行為概念の意義

第2款 行為と能力

第3款 行為の構成要素

第2節 違法と責任の内容

第3節 拘束違反の内実

第1款 主観的拘束違反の内実——責任要素

第2款 客観的拘束違反の内実——違法要素

結 語

## 序

市民に対する禁止・命令として現れる行為規範は、現実社会において、市民の意思に働きかけ、その行動を制御する機能を有している。刑法が行為規範を用いて市民が犯罪に出ることを阻止する機能を有するものであるならば、現実<sup>(1)</sup>に生じた犯罪はこの機能がうまく果たされなかった結果であるといえる。しかるときには、ある事象を犯罪とすることの正当化にはこのような規範の視点を考慮する必要があるといわなければならない。したがって、あるべき犯罪論体系の構築から刑法解釈上の個別論点の解決までにおいて、規範理論が、法益論と共に、その指導原理の任の一翼を担うものと考えられる。

もっとも、刑法学において用いられている規範概念それ自体がそもそも一義的に明らかではなく、その概念の明確化、さらにそれを踏まえてのあるべき規範理論の探究がなされなければ、規範理論は上記の任を十分に果たすことができるほどの強固な理論的基盤を獲得することは難しいであろう。そこで、筆者は以前、規範概念の明確化、さらにはあるべき規範理論の構築に寄与すべく、宮本英脩の規範理論に考察を加え、同理論の全体像を明らかにしつつ、その現代的意義と課題を<sup>(1)</sup>探った。本稿では、同様の問題意識の下、宮本の規範理論と同じく、法規範の本質が国家の命令であることを基軸にして展開された竹田直平の規範理論を「規範の機能」<sup>(2)</sup> (第1章)、「規範の淵源」<sup>(3)</sup> (第2章)、「規範違反の内実」<sup>(4)</sup> (第3章) という三つの視座から検討し、同理論と宮本の規範理論との異同を明らかにすると共に、同理論から看取し得る現代的意義と課題を明らかにすることとしたい。これにより、本稿が、あるべき規範理論を構築する際の示唆を提供し、また刑法規範の機能と密接な関係を有する故意及び結果の体系的地位、因果関係論などを再考する契機となれば、その目的は達成されたことになる。

## 第1章 規範の機能

### 第1節 二つの支配方法

竹田の見解においては、行為規範・評価規範の機能が国家の支配方法との関係で決定される。そこで、両規範の機能を検討する前提として、まず竹田の考える国家の支配方法を概観する。

竹田は、「人類の共同生活・価値生活に対する人類の所為に由来する侵害の防止排除<sup>(6)</sup>」を実現するために、国家が「規範的支配方法」と「物理的支配方法」の二つの支配方法を組合せ、用いるべきであるとする<sup>(7)</sup>。

前者の規範的支配方法とは、「立法者の要望する意思内容を受命者の意思に伝達し、受命者自らの意思活動によってその要望を実現せしめるという支配方法」であり、「いわば『意思対意思』の関係を通じて、立法者の要望する結果を実現する方法<sup>(8)</sup>」である。この支配方法を具体化する手段が行為法（第一次法）ということになる。もっとも、行為法は受命者の様々な行為を制限するものであり、受命者に重い負担を課すものであるから、受命者がこの負担を免れ、自己の望んだ行為をして利益を追求しようと考え、行為法を破るという事態が生じ得る。そこで、立法者は、行為法を遵守させるために、制裁法（第二次法）を制定し、これによって、違法行為がなされた場合には不利益・苦痛を伴う刑罰を科することを市民に対して予告するのである<sup>(9)</sup><sup>(10)</sup>。

上記の行為法による規範的支配は以下の三つの長所を有するとされる。すなわち、第一に、「単に能力者だけでなく、その能力者を通じて自然界・無能力者その他に対しても支配力を向けることができるという技術的可能性を持っている」のであり、「技術的に非常に広い多様な支配可能範囲」を有するものであること、第二に、「一つの立法によって、立法者すなわち国民の要望を受命者の意思に伝達し、受命者の意思活動を通じて、その要望を実現せしめる方法」であり、「効率的、経済的な支配方法」であること、第三に、

人の理性と良心に訴える「人間尊重的な、倫理的な支配方法」であることである。<sup>(11)</sup>最後の第三の理由については、もし国家が人の理性と良心とに呼びかけて法規範の自主的遵守を要求する代わりに、直接的な物理力を行使して人を強制的に支配したならば、それはその者を家畜または奴隷扱ったことになると説明される。<sup>(12)</sup>

このように規範的支配方法は支配方法として優れたものであると言えるが、いかなる場合にもこれを実現し得るわけではない。すなわち、「法の要求を遵守するに必要な可能条件が欠けている場合」(例えば、立法者の意思を受け止めることができない責任無能力者など)や「受命者の遵法意識が弛緩しまたは遵法意識の努力が不足している為に、法違反の要求が軽侮拒否せられた場合」<sup>(13)</sup>においては、この支配方法を用いることができない。<sup>(13)</sup>そこで、これらの場合には、もう一方の支配方法、すなわち物理的支配方法が規範的支配方法を補充するものとして用いられることとなる。<sup>(14)</sup>ここにいう「物理的支配方法」とは、「物理的な力によって有害な作用を防止したり、必要有益な方面に利用する、いわば『物理力対物理力』の関係を通じて目的を実現する方法」<sup>(15)</sup>である。具体的には、「法の要求を遵守するに必要な可能条件が欠けている場合」<sup>(16)</sup>には保安処分が使用され、また「受命者の遵法意識が弛緩しまたは遵法意識の努力が不足している為に、法規範の要求が軽侮拒否せられた場合」<sup>(17)</sup>には、遵法意識を覚醒させるべく、刑罰が実際に科されることとなる。

以上のような国家の支配方法に対する竹田の考察は、現在行われているさまざまな支配方法を適切に整理し、各支配方法の関係を明確にするものとして評価し得る。特に、規範的支配方法と物理的支配方法が、前者が基本であり、これを後者が補うという関係に立つことが明らかにされたことによって、国家が、市民に行為法の自主的遵守を期待できる場合であるにもかかわらず、行為法を用いず、直接的に物理力を行使して市民を強制的に支配するという事態が避けられることになろう。その結果、国家の支配方法は、より

効率的、経済的なものとなり、さらにはより人間尊重的なものとなることが担保されることになるものと思われる。この点で、上記竹田の考察には意義を認めることができよう。

もっとも、竹田の見解において、規範的支配方法が、受命者に行為法の自主的遵守を要求するものであり、人を理性的存在として扱う「人間尊重的な支配方法」であることを前面に押し出すことができるかについては、一考の余地がある。すなわち、竹田によれば、行為法を自主的に遵守するよう要請するだけでは、不十分であり、規範遵守の確実性を、制裁法（刑罰による威嚇）によって、強化しなければならないとされる。このように、行為法の背後には、常に刑罰という国家による威嚇が控えているのであり、規範的支配方法における行為法は、H.L.A. ハートの言う「威嚇を背景とする命令」<sup>(18)</sup>であるとも解し得る。しかるときには、規範的支配方法においては、行為法の自主的遵守ではなく、強制的遵守が行われているとも言うことができる。したがって、規範的支配方法は、物理的支配方法との比較において相対的に「人間尊重的」であるとは言えても、絶対的に「人間尊重的」であるとは言えないと考える余地が残るであろう。

## 第2節 行為規範の機能

竹田によれば、上記の規範的支配方法において用いられる行為法は、犯罪行為前には行為規範として機能する<sup>(19)</sup>。すなわち、国家は行為規範を用いて「何人も自己の恣意を遂げるために他人の生命・身体・自由・名誉・財産等の利益を、故意的にも、過失的にも直接的にも間接的にも侵害し脅威する作為・不作為を為してはならない義務を成立」<sup>(20)</sup>させる。よって、行為規範は義務づけにより「他人の生命・身体・自由・名誉・財産等の利益」といった法益を保護するのであり、行為規範の機能は義務づけを通じて法益を保護することであると言える。この点、竹田と同様に行為規範論に立脚する宮本も、行為規範による行為者の義務づけにより保護すべきは法益であると考えてい

たことにも照らすと、行為規範論から刑法の目的は法益保護であると主張することは十分に可能であり、行為規範論に与したからといって、これがただちに刑法の目的を社会倫理保護であると解し、刑法と倫理の混交を招くことにつながるものではないということを、確認することができる。<sup>(22)</sup><sup>(23)</sup><sup>(24)</sup>

それでは、このような行為規範は、具体的にどのようにして、市民に対し義務づけを行い、法益を保護する機能を果たすのであろうか。この点、竹田によれば、行為規範による義務づけは、受命者の客観的・主観的拘束により実現されることとなる。前者の「客観的拘束」とは「一定の客観的的外部的な行為すなわち各本条の構成要件該当の作為または不作為を、行為者の意思に呼びかけて要求し義務づけるという関係において作用する拘束力」をいい、後者の主観的拘束とは「その客観的的外部的行為をなさなければならないという義務を履行するについて、行為者の遵法意識または義務観念を、主観的内部的にどの程度に緊張努力すべきことを法的に要求されているかという関係における拘束力」をいう。<sup>(25)</sup>

この客観的拘束と主観的拘束の区別は、ゴールドシュミットによる規範の区別、すなわち一定の外部的態度を要求する「法規範」と法規範の要求する態度を採るように意思を働かせることを要求する「義務規範」との区別と一見同様に思われる。しかしながら、竹田はゴールドシュミットの見解に対しては批判的であり、竹田の見解はゴールドシュミットの見解とは異なるものであることが確認されなければならない。すなわち、竹田は、「法規範」の要求は『『外部的態度』自体に直接に向けられたのでは無意味であり、従つてその行為者の意思に向けるのでなければ実効を期待し得ないのであるから、結局『義務規範』と結合しなければその機能を行い得ない』と考える。<sup>(26)</sup><sup>(27)</sup> 確かに、規範が、規範を受けとめることができない外部的態度自体に一定の態度を要求するということが無意味であり、ゴールドシュミットの「法規範」は、人の意思を規律する「義務規範」と切り離されることによって、単にいかなる行為が禁止されるか(義務の内容)を告知する機能を持つに過ぎ

ず、具体的に名宛人の意思に働きかける機能を失っている。行為規範の禁止・命令が実効性を持つためには「要求」それ自体が行為者の意思に向けられなければならないことになる。その意味で、「法規範」は「義務規範」と結合しなければその機能を行い得ないとの竹田の指摘は、的を射たものと評価することができよう。行為規範の禁止・命令に実効性を持たせようとするれば、それが向けられる対象は意思であり、その違反には意思が伴うことにならざるを得ないものと思われる。

竹田は、上記の理解の下、一つの規範から出る二つの拘束として主観的拘束と客観的拘束を考えつつも、両拘束は直接的には行為者の任意の意思に向けられるべきであると主張するのである。<sup>(28)</sup>

以上のように、竹田の考える行為規範の機能は義務づけを通じて法益を保護することにあるが、この機能を果たすにあたっては、行為規範が、単に禁止・命令行為の告知をするに留まらず、さらに人の意思に対して具体的に働きかけ、これを拘束する必要もあると竹田が考えていたと解することができる。<sup>(29)</sup> <sup>(30)</sup> 法規範は行為者の意思に働きかけることによって初めて、その行動を制御し、それを通じて国家の要望する状態（法益保護）を実現することが可能となるという理解を前提とすれば、竹田の上記理解は、法益保護の実効性を確保することにつながるものといえ、これを評価することができよう。

### 第3節 評価規範の機能

以上のような行為規範の犯罪行為前の働きにもかかわらず、行為規範が破られた場合、事後的な対処として、制裁法が発動することとなる。制裁法が発動には違法の存在が前提となり、当該行為が違法か適法かを決する有権的評価基準が必要となる。竹田によれば、この基準となるのが、行為規範の前句部分（構成要件）<sup>(31)</sup>であり、これは「行為の違法適法を識別するための『評価規範』<sup>(32)</sup>としての機能を果し、処罰される違法行為の要件と範囲を示すこととなる。<sup>(33)</sup>

裁判官がこの評価規範に照らして当該行為を行為規範違反すなわち、客観的・主観的拘束違反であると宣言した場合には、以下の効果が期待できる。まず、主観的拘束違反の宣言により、行為者に対して、遵法意識の緊張を欠いていたという事実が伝達されることとなる。次に、客観的拘束違反の宣言により、法がその惹起を禁じている構成要件該事実を惹起し、またこれを回避するように適切に意思を働かせなかったという事実が伝達されることになる。この二つの事実の伝達により、行為者はその鈍磨した規範意識を覚醒することになるものと考えられる。<sup>(34)</sup>さらに、刑罰の執行を通じてこの伝達が再びなされることによって、再度、行為者の規範意識が覚醒されることとなる。その結果として、将来に向けて、行為者は、行為規範(行為法)を遵守するようになり、法益侵害行為が防止され、法益が保護されることになると考えられる。

これに対して、犯罪はいわゆる「規範の失敗」であり、その後の処理を問題とする犯罪論では「行為規範性を論じても意味がない」との主張<sup>(35)</sup>(制裁規範一元論)においては、犯罪論における行為規範違反の存在を前提として初めて成り立つ、上記のような法益保護構想を実現することができなくなるものといえよう。

## 第2章 規範の淵源

### 第1節 刑法

#### 第1款 刑法各本条

(1) 竹田は行為規範(さらにはその前句に示される評価規範)がいかなる淵源から導かれるかという、規範の淵源の問題につき、ドイツの学説を詳細に分析し、自説を導いている。<sup>(36)</sup>まず、ビンディングは、禁止(または命令)である行為法は、不文法として刑法各本条の背後に推認し得るものであるとしている。<sup>(37)</sup>このビンディングの見解に対し、竹田は、不文法としての行為法は「何時、如何なる立法者によつて立法されたものであるか、それが現



行法としての効力を認められるのは如何なる根拠によるか、またそれが刑法各本条の構成要件と同一の内容を禁止対象としているのは如何なる理由によるか」といった疑問を呈している<sup>(38)</sup>。

次に、ベーリングは、行為法（第一次法）を「全体としての法秩序」ないしは「国家の規範的意思」一般であると理解したが、これに対して、竹田は、「国家の規範的意思」は「極めて把握しにくい多義的なもの」であり、「違法判断の基準を極めて不安定なものたらしめる」という批判をしている<sup>(40)</sup>。

次いで、M・E・マイヤーは行為法を「前法的な社会規範」「文化規範」と解していたが<sup>(41)</sup>、これに対しては、ベーリングやナーグラーが向けた批判、すなわち「一般国民は、法規範に違反する違法行為をなしてこそ、初めてその違法に対して、法の定めた違法効果たる刑罰等を科するという論理が出てくる」という批判を竹田は紹介している<sup>(42)</sup>。

以上のように竹田は、諸見解を批判的に検討した上で、最終的に、ヒッペル等の理解、すなわち、「刑法がその構成要件該当の行為に対して刑罰という違法効果を科することを宣言しているのは、その行為を禁止する旨の国家意思を同時に表現したものと見ることができるわけであるから、刑法は二重の規範を、すなわち『各本条の構成要件該当の行為をしてはならない』という『行為法』としての規範と『この禁止に違反して行為した者は云々の刑を以って罰する』という『制裁法』としての規範とを、同時に同一法条に表現したものであると解するのが相当である」という理解を支持する<sup>(43)</sup>。よって、竹田によれば、ビンディングとは違って、「刑法即行為法」であり、行為規範は成文法であり現行の実定法となるのである<sup>(44) (45)</sup>。

このような竹田の行為規範の淵源に対する理解は、宮本の理解とは異なる。すなわち、宮本によれば、行為規範（一般規範）と制裁法としての刑法は分離・対置され、「刑法即行為法」ということにはならない。宮本の見解において、行為規範（一般規範）は複数の淵源（刑法、刑法以外の成文法、さらには不文法）から導かれるのであり、<sup>(46)</sup>刑法はその淵源の一部を構成する

に過ぎないのである。

竹田の見解においては、刑法各本条が行為法（行為規範）の淵源とされることになるが、この場合、行為規範は、禁止・命令の内容を記述する部分（前句）と禁止・命令の意思表示の部分（後句）から構成されることになる。<sup>(47)</sup> 前句においては、禁止・命令の対象となる行為の要件・内容・範囲が記述され、後句においては、前句において記述された行為（作為・不作為）を命ずる立法者の意思が表現されている。<sup>(48)</sup> たとえば、殺人を禁ずる行為規範は、「人を殺す行為」（前句）を「してはならない」（後句）という形式で記述されることになる。この行為規範の前句・後句と刑法各本条の関係については、「構成要件記述部分」（たとえば「人を殺した者」（刑法199条））が前句にあたり、禁止・命令の内容を示しているとされる。<sup>(49)</sup> これに対して、後句については、「してはならない」というように禁止が直接的明示的に表示されていないが、一定の違法効果、すなわち刑罰を科する旨の宣言をもってこれが間接的黙示的に表示されているとする。<sup>(50)</sup> すなわち、行為規範の後句は、刑法各本条の中の刑罰が規定されている部分（たとえば、「死刑又は無期若しくは五年以上の懲役に処する。」（同条））をその淵源とするものであるということができる。

さらに、行為規範の前句に当たる刑法各本条の構成要件を記述する部分は、事後においては、適法・違法の評価基準すなわち評価規範となり、構成要件に該当する行為は違法であるとされることとなる。<sup>(51)</sup>

(2) このように、刑法各本条が行為規範・評価規範の淵源となると解した場合には以下のような帰結が導かれることになろう。

まず、行為規範の後句に表される禁止・命令は刑罰によって表されているため、刑罰の軽重がその禁止・命令の強度を決めることになる。<sup>(52)</sup> 例えば、法定刑として死刑が規定されている殺人罪（刑法199条）に該当する行為は、死刑が規定されていない窃盗罪（同法235条）に該当する行為よりも強く禁じられることとなる。これに対して、宮本のように、行為規範の淵源を刑法

各本条以外にも認める場合には、行為規範のなす禁止・命令の強度を知る手掛かりとして刑罰を用いることができず、行為規範は禁止・命令を発し得るが、それをいかなる強度で発するのかを示すことができないということになる<sup>(53)</sup>ろう。

次に、評価規範が刑法各本条の構成要件記述部分をその淵源とし、違法・適法の評価基準となることから、「各本条に規定する構成要件は適法違法の評価と無関係な中立的なものではなく、また単に違法性を『徴憑』(Indiz)するに止まるものではなく、それに該当する行為を禁止する旨の内容範囲を示すものであり、一定の法定刑の原因となる一定質量の社会的有害性の成立要件を示したもの<sup>(54)</sup>」となる。ここから、構成要件該当行為は、「一定の違法効果に値する特定質量を具備した違法行為であることを示すもの<sup>(55)</sup>」であり、構成要件は可罰的違法類型となる（いわゆる実在根拠説）。

行為規範の淵源を刑法のほか、他の成文法にも認め、行為規範違反を一般的違法とする宮本の見解からは、行為規範違反の判断（規範的評価）のほかに可罰的評価が別途必要となり、犯罪論体系は大きく規範的評価と可罰的評価により構成されることになる<sup>(56)</sup>。これに対して、上記の竹田の見解からは、行為規範違反は刑法的違法（可罰的違法）を意味するのであり、犯罪論体系において、規範的評価と可罰的評価を分離する必要はなくなる。ここから、行為規範の淵源を刑法のみに求めるか、それ以外にも求めるかという問題が犯罪論体系のあり方を左右することになるということができ、この点は、規範理論から犯罪論体系を構築する際の重要な着眼点となろう。

また、竹田のように、構成要件が行為規範の禁止の内容となり、構成要件が可罰的違法類型であると解することの帰結として、行為規範によって禁じられる行為は可罰的な違法行為となる。したがって、「散歩の際路傍の生垣の花一輪を摘む<sup>(57)</sup>」といった可罰的違法性を有さない行為は、刑法各本条を淵源とする行為規範によっては禁止できないということになろう。さらに、このような行為規範は刑法各本条に定められていない行為を禁止することでも

きないということになろう。例えば、刑法において犯罪とされていない過失による器物損壊行為を刑法上の行為規範によって禁止することはできないという帰結が導かれることになると考えられる。

## 第2款 違法性阻却事由の規定

それでは、行為規範は刑法に規定された違法性阻却事由の規定をまたその淵源とするのであろうか。この点につき、竹田は「構成要件に該当する出来事が発生しても、何等かの理由に依り其の侵害性消滅し、又は侵害性を問題にし得ない事情存するときは、当然法の禁止意思を解消し、従つて其の出来事を刑法上適法なものと認めている<sup>(58)</sup>」<sup>(59)</sup>としている。ここから、竹田が「侵害性消滅し、又は侵害性を問題にし得ない事情」をもたらす「何らかの理由」、具体的には違法性阻却事由が存在するときには、法の禁止意思は存在せず、行為規範は名宛人に向けられないことになると考えていたと言えよう。

もっとも、違法性阻却事由が存在するときには、そもそも禁止・命令が存在しないのか、すでに存在する禁止・命令が許容されるのかが次に問題となる。この点、竹田は、違法類型としての構成要件が原則で、構成要件の内容が一応禁止され、例外的に違法性阻却事由が存在する場合には、その禁止が解消される<sup>(60)</sup>としており、構成要件から導かれる行為規範が禁止・命令をなし、違法性阻却事由から導かれる許容規範（許容命題）が禁止・命令された行為を許容すると解していたとも考えられる<sup>(61)</sup>。このような理解に対しては、構成要件該当行為が刑法典内部で、禁止されると同時に、許容されることを認めるものであり、規範の矛盾が生じるという問題点を指摘することができよう<sup>(62)</sup>。行為規範論に与しつつ、この規範の矛盾を回避する道の一つとしては、行為規範を「構成要件」と「違法性阻却事由」の両者から構成すること——この場合、行為規範の内容は、例えば「正当な理由なく人を殺す行為をしてはならない」となる——が考え得るであろう<sup>(63)</sup>。

## 第2節 刑法以外の成文法及び不文法

さらに、竹田は行為規範の淵源が刑法以外の成文法または不文法でもあることを認めていたのであろうか。この点、竹田は「一定の法規範における禁止（または命令）の内容範囲を認識するについては、当該法条の規定する構成要件の記述だけではなく、各種の法域に亘って極めて多数の法条を参照し、また不文法としての社会的規範や社会の通念・条理等をも参照せねばならない事情にある」としている<sup>(64)</sup>。このことからすれば、竹田の考える行為規範の淵源は「全体としての法秩序」や「公序良俗」「条理」であるとも思われるが、竹田は、仮に公序良俗等が行為規範を構成しその違反が違法となるときには刑法的違法（可罰的違法）が補足できなくなるという理由から、それを否定する。竹田によれば、「全体としての法秩序」や「公序良俗」「条理」というものは、これに照らして違法・適法が判断されるものではなく、構成要件により示される禁止対象の内容範囲を認識するために役立てられるに過ぎないということになる<sup>(65)</sup>。ここから、竹田は、禁止対象の範囲それ自体を創出する行為規範の淵源は刑法のみであり、それ以外の成文法及び不文法は行為規範の淵源とはならないと解していたものといえる。

かかる竹田の理解によれば、行為規範は一つの成文法（刑法）のみから構成されることになるため、行為規範が複数の法や不文法から構成されると解する場合よりも、行為規範の内容が明確になるということをその意義として指摘することができる。これにより刑法上、いかなる行為が禁止されまたは許容されているのかを市民が把握しやすくなり、このことは市民の行動の自由の確保につながるであろう<sup>(67)</sup>。

もっとも、その反面で、刑法独自の行為規範が定立され、その違反が刑法上の違法（可罰的違法）となるという考えは、違法多元論へとつながり法秩序の統一性が実現できなくなるという帰結をもたらすものであるとも言える<sup>(68)</sup>。この場合、刑法上禁じられていない行為が他の法では禁じられ、逆に他の法では禁じられていない行為が刑法上禁じられるといった規範の矛盾が生

じかねない。行為規範が行為者の行動を制御する機能を果たすためにはこの規範の矛盾を回避することが要請されると解するときには、この点をいかに<sup>(69)</sup>解決するかが問題となるであろう。

### 第3章 規範違反の内実

#### 第1節 規範と行為概念

##### 第1款 規範的行為概念の意義

竹田は「行為概念」を「すべての可罰的行為の基盤となり最大公約数的要素」であると考えていた（行為概念の基本要素としての機能<sup>(70)(71)</sup>）。そこで、可罰的行為の要件たる規範違反（主観的拘束違反としての責任と客観的拘束違反としての違法）の内実を検討する前提として、規範違反評価の対象となる範囲を画定し、明確にするために、竹田が行為概念を規範理論との関係でいかに考えていたかを探ることとしたい。

第一章で見たように、竹田によれば、刑法は規範的支配方法を実現する一手段となる。そこで、刑法上の行為の概念規定はこの規範的支配方法に依拠することとなる。すなわち、前述したように、規範的支配方法とは「立法者の要望する意思内容を受命者の意思に伝達し、受命者自らの意思活動によってその要望を実現せしめるという支配方法<sup>(72)</sup>」であり、刑法により規律される行為は、刑法の立法者が要望する意思内容を名宛人の意思へ伝達にすることによって制御することができるものでなければならない。このような観点から、竹田は、行為を「法規範の命令禁止の支配力を及ぼし得る可能性を具備した意思活動（人間の行態）」と定義し、これを「規範的行為概念」と呼ぶ。<sup>(73)(74)</sup>

このような規範による支配の対象として行為を把握し、そこから行為概念を規定しようとする試みは、すでに宮本が行為概念を規範意識の支配に出る身体の举止挙動であると解した点において見て取ることができる。<sup>(75)(76)</sup>宮本も竹田と同様に、行為規範の機能を意思に対する働きかけを通じての行為統制であると解していることからすると、このような法規範の命令的性質を前提と

した場合には規範的支配を中核とした行為概念を導き得るということができ、<sup>(77)</sup>この点は規範理論を前提として行為概念を考察する際の参考となろう。

もっとも、このように法規範の命令的性質から行為概念を導いたとしても、行為概念が立法に後置され、立法者は行為概念に拘束されないという帰結を導くわけではないことに注意を要しよう。すなわち、ここで問題となるのは法規範の性質及びそこから導かれた行為概念であり、行為概念は立法以前に規定されるものであると言え、立法者は立法にあたりなお行為概念に拘束<sup>(78) (79)</sup>されると考えられる。

## 第2款 行為と能力

上述のとおり、竹田は法規範の命令的性格から行為を「法規範の命令禁止の支配力を及ぼし得る可能性を具備した意思活動（人間の行態）」と定義づけたのであるが、ここにいう「法規範の命令禁止の支配力を及ぼし得る可能性」すなわち「規範的支配可能性」はいかなる場合に認められるのであろうか。

この点、竹田は「問題の環境事情において、一定の作為または不作為をなしたならば、通常一定の結果を惹起せしめ得るという関係が、すなわち『前者があれば通常後者の発生がある』という因果関係が、事前に経験法則的に認識予見され得る場合に、行為者はその任意の選択〔合価値的・合規範的な選択〕によって、これを任意の目標実現に計画的に利用支配することが可能であり、この任意の意思に呼びかけて法的禁止の支配力を及ぼすことも可能的である」<sup>(80)</sup>（傍点原著）とし、ここから「規範的支配可能性」が認められるためには、行為者に「行為者が自己の所為の、したがって自己の支配利用する意思実現手段の影響範囲（因果性の範囲）を事前に認識予見し得る知的能力」である「予見能力」、「行為者が任意の目標実現の決意をなし任意の手段の因果性を支配利用した場合の意思活動が、その目標並びに手段を、合価値的にも選択し得る自由性」である「是非弁別能力」（合価値的選択能力）、

「行為者が自己の行為の因果性の範囲を認識予見して、これを任意に選択した目標実現のために操縦支配し、またはし得たということ」すなわち「支配能力（行為支配性）」が要求され、これらの能力が欠けるときには行為性が認められないとする。<sup>(81)</sup>

ここではまず、「規範的支配可能性」が「行為者個人」の「予見能力」「支配能力」を前提としている点が目を引く。これは、社会的行為論が行為を「客観的に予見可能な社会的結果に向けられた客観的に支配可能な態度」と定義し、「人間一般」にとっての支配可能性を問題とするのとは対照的である。<sup>(82)</sup> 行為規範が禁止・命令として行為者自身の意思に働きかけ、その行動を支配し、制御する機能を発揮するためには、「人間一般」ではなく、「行為者個人」が因果性の範囲を認識予見し得、さらに支配することができなければならないことになるものと思われる。<sup>(83)</sup> この結論からは、行為性を前提とする違法判断の段階でも行為者個人の予見能力・支配能力が問題とされ、構成要件要素（違法要素）の解釈にあたっては、（一般人ではなく）行為者個人の予見能力・支配能力が考慮されなければならないという帰結が導かれ得るものと解される。

次に、竹田が行為能力の一つとして、合価値的・合規範的選択能力を要求している点が注目される。行為に規範的支配可能性を認めるためには、行為者が規範の意味を理解し、これに従った行為を選択することが可能であること（合価値的・合規範的選択能力）が要求されなければならないこととなる。<sup>(84)</sup> ここから、法の命令的性質から演繹的に行為概念を規定するとき、合価値的・合規範的選択能力ないし是非弁別能力がその要素に含まれ得ることが明らかになるものといえよう。この点、既に、宮本が（一般的）行為能力の要件として「意思表示動の際規範意識を具へてゐること」を要求しているが、その根拠は法（行為規範）の命令的性質に求められているといえ、竹田の見解は宮本の見解と軌を一にするものと言えよう。<sup>(86)</sup> また、裁判例においても、男に首をしめつけられる夢を見て、極度の恐怖感に襲われるまま半覚半



醒の意識状態のもとで、防衛のため男の首をしめるつもりで、隣に寝ていた妻の首をしめ殺害したという事案につき、大阪地裁昭和37年7月24日判決（下刑集4巻7=8号696頁）は、「ある行為が刑罰法規の構成要件に該当するか否かは、右法規によつて要求される規範に従つて行為者が自らの行動を統制し得る意思の働<sup>ママ</sup>き即ち規範意識の活動に基づ<sup>ママ</sup>いてなされた行為を対象としてなされるべきであつて」、「右の如き任意の意思に支配されていない非自覚的な行動については、その規範意識も活動の余地がなく、これを統制し得る機会も持たないのであるから、かかる行動を刑罰の対象とすることはでき〔ない〕」として、責任能力を検討する以前に、そもそも行為性を否定した。本判決は、行為が「規範に従つて行為者が自らの行動を統制し得る意思の働き」に基づくものであることを要求しており、このような理解は行為性の要件として合価値的・合規範的選択能力を要求する竹田の見解からは支持されるものであると解される<sup>(87)</sup>。

もっとも、このように行為能力に合価値的・合規範的選択能力が含まれると解するときには、責任能力者の行為だけが行為となり、責任無能力者の行為が全面的に否定されるのではないかという問題が生じる<sup>(88)</sup>。これに対して、竹田は、「行為の過程と盲目的因果の過程とを区別する唯一の要素は、前者においては、任意的意思支配の可能性、すなわちそれを発生せしめると否とを任意に選択し得る可能性が認められる点に存するとなすのであるから、責任無能力者等もこの性質を認められる所為をなし得る範囲において、その行為能力を否定するものではない<sup>(89)</sup>とする。このような竹田の理解は、行為能力と責任能力とを分け、責任無能力者であっても行為能力を具備することがあり、その限りで、責任無能力者の行為を認めることができるという構成であるとも考えられる<sup>(91)</sup>。しかしながら、竹田において、任意的意思支配は「予見能力」や「支配能力（行為支配性）」のみならず、「合価値的選択能力（是非弁別能力）」をも前提としているのであり、「合価値的選択能力（是非弁別能力）」が認められない責任無能力者に行為を認めることはできないである

う。また仮に行爲能力と責任能力とを分けるとしても、両者を明確に区別することができるかがそもそも問題となり得る。<sup>(92)(93)</sup>

このように竹田の理解からすれば責任無能力者の行爲が全面的に否定されることになるものと解されるが、その場合には以下の問題点が生じるものと思われる。まず、法文との関係で、刑法39条1項は「心神喪失者の行爲は、罰しない。」と規定し、責任無能力者の行爲が存在することを前提としており、同項との関係をいかに解するかが問題となろう。<sup>(94)</sup>次に、いわゆる客観的評価規範論(客観的違法論)<sup>(95)</sup>の立場から、竹田の規範的行爲概念は不当に過大な属性を内容とするものであるとの批判が考えられる。<sup>(96)</sup>これに対しては、竹田自身が行爲者の任意的意思支配の可能性がない事象は「直接に法の命令禁止を向けられているのではな [い]」として、このような事象をも取り込む無規定無内容な行爲概念を犯罪論の出発点として用いることは有害無意義であると反論している。<sup>(97)</sup>最後に、責任無能力者の違法行爲が観念できず、これに対する正当防衛が不可能になるという問題が生じ得る。この点は、後述する(第3章第2節)。

### 第3款 行爲の構成要素

#### (1) 心素・体素・結果

次に、上述のような能力を前提とする行爲はいかなる要素により構成されるのかを検討する。この点、竹田は、故意的作爲・不作為、過失的作爲・不作為を包摂する上位概念を「行態」ないし、広義の「行爲」とし、これは「(一) 一定の外界変動(結果)を人為的に生起せしめた主体または原因であると見なされる行爲者の任意的意思の活動(故意的作爲・不作為)または意思のあり方(過失的作爲・不作為)、すなわち精神的原因または心素と、(二) その意思の働きによって目的々に支配操縦された、または支配操縦され得た、身体・道具・環境事物等(意思実現手段)の因果性の展開、すなわち物理的原因または体素と、(三) その身体道具等の因果性の展開によって

惹起された外界変動（結果）との三者を含む観念<sup>(98)</sup>（括弧内原著、傍点引用者）であるとする。このようにして、（広義の）行為の構成要素は心素・体素・結果であると竹田は解している。

さらに竹田は、「体素の性能が心素の任意的活動によって支配管理せられて、または心素の能力に照らして支配管理可能の状態において展開し作用した場合および範囲においてのみ『人間の行為』の存在とその『行為性の限界』とを認め得るのであり<sup>(99)</sup>」、かつ、「一定の結果を発生せしめた客観的事物の因果性の展開が行為者の任意の意思活動によって支配管理し得るものであった場合には、それを発生せしめないようにも支配管理し得たものであり、その因果の流れおよびそれから生じた結果は、人間の意思活動または意思のあり方による所産（Willensprodukt）であり、人間の行為の結果であると見なされ〔る〕<sup>(100)</sup>」と述べ、心素、体素、結果はそれぞれ別個独立に存在するものではなく、心素（意思）が体素及び結果を支配し得た場合、言い換えれば、心素・体素・結果の間に因果関係が存在する場合に限り、これら三つの要素が（広義の）行為を構成すると考えている<sup>(101)</sup>。

ここでは、まず、因果に包摂されるのは、単に体素（（狭義の）行為）と結果ではなく、心素、体素、結果であり、最終的な因果の起点が心素とされている点が注目に値する。すなわち、現在一般に因果関係の存否は（実行）行為と結果との間で問題とされているが、竹田によれば、「法律的に意味ある因果関係」として重要であるのは、「人格の主体性の（本心または真意とも呼ばれる）選択決意と一定の意思活動との間の関係」（括弧内原著）及び「一定の意思活動とそれに支配利用せられた行為手段の性能の展開との間の因果関係<sup>(103)</sup>」である。すなわち、竹田は、因果関係が体素と結果の間のみならず、さらに心素（意思）と体素の間にも存在しなければならないと解している<sup>(104)</sup> <sup>(105)</sup>のである。このような理解に竹田が到達した理由は、竹田の行為規範の機能との関係からこれを明らかにすることができよう。すなわち、竹田によれば、前述のとおり、行為規範は禁止・命令として行為者自身の意思に働きか

け、その行動（（狭義の）行為）を支配・制御し、結果（法益侵害）の発生を防止する機能を有することになるが、この機能を発揮するためには、まず規範の働きかけの対象となる意思の活動が原因となって、（狭義の）行為が惹き起こされ、かつその（狭義の）行為が原因となって結果が惹き起こされるという関係が前提として認められる必要があるということになる。

行為規範の機能から、刑法上の因果関係が心素・体素・結果の間に存在することが必要であるとする竹田のかかる見解は、竹田と同様に、法益保護を行為規範による行為制御を通じて実現しようという構想に立ち、因果関係を考察しようとする者に、有益な示唆を与えるものであると考えられる。

次に、因果の起点を意思にまで遡り、意思と（狭義の）行為の間の因果関係の存否をも問うことは、偶然的な（狭義の）行為を犯罪評価の対象となる（広義の）行為から排除することができる点で優れているものといえよう。すなわち、意思と（狭義の）行為の間に因果関係が存在することは当然視されやすいが、両者の間に偶然的契機が存在する可能性は十分に<sup>(106)</sup>ある。偶然責任を排斥するためには意思活動を原因としない、偶然によりもたらされた（狭義の）行為は、犯罪の評価対象たる（広義の）行為から除かれなければならない。そこで、これを可能とするために、因果関係を（狭義の）行為と結果の間のみならず、意思活動と（狭義の）行為との間にも認めることが要請されるのであり、竹田の見解はこの要請に応えるものであるとして、評価することができよう。

次いで、意思に因果の起点を求めるときには、不作為犯における因果関係の存在を説明可能にするものであるとも考えられる。この点、竹田は、「不作為者は、〔中略〕彼の排他的な支配内に置かれた因果の流れを、彼の目的実現に役立つ意思で、彼の任意の選択によってことさらに放置したのであり、その放置せられた因果の流れは、作為の場合に利用された『行為手段』の因果性と同様に、彼の目的実現のための『行為手段』としての機能を行っているのである。このように不作為者の支配内にある因果の流れを、目的

計画的に利用するために放置したときは、その因果性から生じた結果は、不作為者にとっては、彼の意思活動と無関係なものではなく、その両者の間に条件関係の存することを認めねばならない<sup>(107)</sup>（傍点原著）と述べている。このように、不作為犯の場合にも作為犯と同様に因果の起点を意思活動に求めるときには、これと当該結果との間に「前者なければ後者なし」という条件関係の存在を肯定することができ、これにより不作為犯の因果関係を説明することができることになる。これに対して、不作為犯において因果の起点を（狭義の）行為に求めるときには「無から有は生じない」として因果関係を否定するか、期待行為説のように「期待された行為」があれば結果が防止されたであろう場合にはその不作為と結果との間に因果関係が認められる、という仮定的な判断により因果関係を決するということになる。しかしながら、不作為犯の場合に因果関係の存在を一切否定することには疑問があるし、期待行為説に対しては、不作為の因果関係の構造を作為のそれと別異に解することを可能とする理論的根拠がなお問われるものと思われる。そこで、因果の起点を意思として、不作為の因果関係を作為のそれと同じように説明することを可能とする上記竹田の見解には一定の意義を見出すことができよう。

また、竹田の理解によれば、心素・体素・結果はそれぞれ独立に存在するものではなく、因果関係で結ばれた一連の流れとして扱われることになる。すなわち、（広義の）行為を構成する主観的要素（心素）と客観的要素（体素・結果）は、別個独立に存在しているのではなく、主観的要素（心素）が客観的要素（体素・結果）を支配するという関係、言い換えれば、主観的要素（心素）が原因となり客観的要素（体素・結果）を生じさせるという関係に立つということになる。このように、意思（決定）から（狭義の）行為を通じて結果が発生する過程を動的に捉え、この全過程を一連の因果の流れに包摂し、犯罪評価の対象となる（広義の）行為としたことは注目に値しよう。なぜならば、このような理解の下では、主観的要素（心素）と客観的要素

素(体素・結果)は、前者が内心に属する要素であり、後者が外界に属する要素である点で、質的に相違しているということが重要ではなく、両者は同じ因果系列に属する一要素であるという点で質的に同質であるということが重要であるとの帰結を導くものと考えられ、その結果として、構成要件に該当する(広義の)行為をその評価対象とする違法の要素に、主観的要素(心素)と客観的要素(体素・結果)のいずれをも(両者が同質性を有するがゆえに)組み込むことが可能となると解されるからである。

もっとも、以上のように、因果関係を心素・体素・結果の間に認め、最終的な因果の起点を心素とする構成に対しては、因果関係は体素と結果の関係に限定すべきであり、心素と体素・結果の関係は責任で論ずべき問題であるという理解を前提とする立場から、因果関係と帰責関係を混同するものであるとの批判が投げかけられるであろう。<sup>(108)</sup>そこで、この点をいかに説明するかが竹田に残された課題となる。

## (2) 因果関係の存否の判断基準

それでは、意思活動の産物といえる結果はどのようにして選び出すのであろうか、因果関係の存否の判断基準が問題となる。<sup>(109)</sup>この点、竹田は任意の意思によって支配操縦された結果が意思との間で因果関係を持つと解している。そこで、当該結果が任意の意思によって支配操縦された結果であるか否かの判断方法が問題となる。この問題につき、竹田は、故意的行為について、「行為者の予見的計画的な支配操縦の意思活動と身体道具等の性能が目標実現の方向に働き出したこととの間に『前者なければ後者なし』という因果関係が存し、同時にそのような意思に支配操縦されて働き出した毒物・拳銃等の性能の作用と被害者の死亡等の結果との間にも『前者なければ後者なし』という二重の因果関係が認められる場合、その結果を発生せしめた因果性の作用が行為者の任意の意思に『支配操縦され被覆決定された』といい得るのであり、その結果は行為者の『故意的作為』によって生じた結果であるとい得る<sup>(110)</sup>」として、心素・体素・結果との間に「前者なければ後者なし」

という関係が存在することを要求している。もっとも、さらに、「どの範囲まで行為者の任意の支配操縦があったものと見るべきかについて」問題がある場合には、「行為の際に自己の行為から発生可能であると予見したすべての結果の惹起に現実的に作用した因果性は、当初にそれを発生せしめない方向にも任意に支配し得たものである限り、それは任意に支配され被覆決定されたものと見なされる」<sup>(111)</sup>（傍点引用者）とする。すなわち、行為者が予見した結果であれば、これが行為者の任意の支配操縦に服していたものとなり、意思と当該結果の間に因果関係を肯定できるということになる。これを過失的行為をも含めた形でより一般化すれば、行為者が予見または予見し得た結果のみが行為者の任意の支配操縦に服していたものとなり、意思と当該結果の間に因果関係が認められるということになる<sup>(112)</sup>。このような基準が導かれる理由は、行為規範による禁止・命令が行為者の意思に向けられており、これにより防止できるのは意思に支配された、または支配され得た結果であり、そのような結果か否かを判断する下位基準として適切であるのは、行為者が予見または予見し得た結果であるか否かという基準であるという点に求められるものと思われる<sup>(113)</sup>。ここから、このように法規範（行為規範）の命令的性格を強調し、意思支配という観点から結果の範囲を切り取るという方法からは、上記竹田の言うような因果関係の判断基準が導かれ得ると言えることになろう<sup>(114) (115)</sup>。

このように、因果関係判断において、行為者が予見または予見し得た結果（事情）を問題とすることによって、偶然結果を犯罪（違法）の評価対象から排除することができ、結果責任の排斥の要請を貫徹することが可能となろう。この点、折衷の相当因果関係説が、因果関係判断において「行為の当時に行為者が認識していた特別の事情」を考慮する理由として、「相当因果関係説の狙いは、条件関係が認められる結果のうち、行為者の支配によらない偶然的な結果を排除することにあるところ、行為者が認識・予見している特別な事情があれば、行為者はそれを支配できるのであるから、そうした支

配可能性という観点から見ると、行為者が特に認識・予見していた事情を一般人の認識または予見しうる事情と同例に扱っても不当ではない」としているのは、偶然結果の排除という観点からは支持されるものであると思われる<sup>(117)</sup>。もっとも、さらに、折衷的相当因果関係説は、「刑法上の因果関係は、行為者の行為にとって偶然的なものを排除する機能を有するべきであるから、経験則上ありうるという程度で足りると解すべきである」<sup>(118)</sup>(傍点引用者)との理由により、行為の当時において「行為者が認識または予見した特別の事情」に加えて、「一般人が認識または予見しえた一般的事情」をも因果関係判断の基礎に置く<sup>(119)</sup>。しかしながら、偶然結果を行為者に帰責させないためには、行為者にとって偶然である事情を因果関係判断の基礎事情から排除しなければならないのであり、上記見解は偶然結果の排除という要請に沿うものであるとすることができるか疑問の余地がある<sup>(120)</sup>。

竹田のように因果関係を行為者の認識を基礎にして判断する場合には、因果関係と責任の関係が問題とならざるを得ない。すなわち、「行為者が行為の際に予見または予見し得た範囲の結果だけについて、それを惹起し得る客観的事物の因果性を任意に支配またはし得たのであるから、一定の行為が惹起し得る可能性のある結果の範囲は、行為者が行為の際に予見または予見し得た範囲の結果に、すなわち故意または過失の認められる結果の範囲に限定されることになる<sup>(121)</sup>」。したがって、因果関係の成立範囲と責任の成立範囲が一致することとなる。そこで、瀧川幸辰が述べるように「行為の因果関係の理論は責任の理論の或場面にほかならない。刑法において特に行為の因果関係を論ずる必要はない<sup>(122)</sup>」ということになるようにも思われる。

しかしながら、竹田によれば、「結果の予見または予見可能性という主観的事実自体は、因果関係の観念の内容となるものではなく、問題の結果の惹起に作用した客観的事物の因果的作用が、認識予見せられ得た範囲においては、〔中略〕任意に支配することが可能であったと見なされるので、この範囲内に作用した客観的因果性が、因果関係の観念の内容となるのである」。



そして、責任は「事物の因果の作用を支配しまたはし得た意思のあり方に対する非難性」であり、これに対して因果関係は「その意思に支配され得た客観的因果の作用が問題の結果を発生せしめたと見られる場合」に存在する関係であるということになり、因果関係と責任はなお区別されることになる。<sup>(123)</sup>

もっとも、このように因果関係と責任を客観的事実と主観的事実という観点から区別することができるとしても、そもそも因果関係の存否の判断に行為者の主観を取り込むこと自体に対して、因果関係（客観的帰責）と責任（主観的帰責）を混同するものであるとの批判が投げかけられよう。<sup>(124)</sup> <sup>(125)</sup> この問題は当該事実（結果）が意思による支配可能性のあるものであるとの確認を因果関係で行うのか、責任（故意・過失）で行うのかという問題の解決を前提とするのであり、その解答は、因果関係および責任の機能の相違、及び他の論点（たとえば錯誤論）との関係に照らして慎重に行われなければならない。<sup>(126)</sup>

## 第2節 違法と責任の内容

それでは、以上のような行為概念を前提とした場合、行為規範違反の内実はどうのようなものとなるのであろうか。この点を検討するにあたっては、まず竹田が客観的拘束違反（違法）と主観的拘束違反（責任）の内容をいかなるものとして把握していたのかを明らかにする必要がある。

竹田によれば、一個の規範は同時に「客観的外的に何を為してはならぬか、何を為さねばならぬかを限定指示して、義務者の意思発動の客観的側面をこれに拘束し」（客観的拘束）、「義務者の意思がその指定せられた客観的作為不作為を履行するについて主観的動機過程において如何なる程度に緊張努力し痛苦犠牲を忍受せねばならぬかを義務づけてその主観的側面を拘束する」<sup>(127)</sup>（主観的拘束）。そして、「違法と責任は、一個の禁止（または命令）規範の主観客観両面に対する相互制約的な拘束に対するそれぞれの違反としてとらえるべきではないか」<sup>(128)</sup>（括弧内原著）とする。すなわち、責任は「侵

害結果を惹起する意思をたやすく決意した、緊張足らずして、規範の主観面に対する要望期待を裏切る決意をしたという意思のあり方に対する非難の評価(傍点原著)であり、ここでは「それぞれの構成要件事実を惹起することについての緊張不足、怠慢性、可能性不尽が問われる」(傍点原著)こととなる。<sup>(129)</sup>これに対して、違法は構成要件事実の「惹起の禁止を向けられている義務者の義務違反的な、すなわち緊張してこらえることのできる、非難さるべき意思発動によって、したがって不可抗力的な事情なしに、その外界の侵害事実を惹起したということ」(傍点原著)、すなわち、「規範の客観面に向けられた拘束が、有責的に破られた、ということに対する評価」(傍点原著)<sup>(130) (131)</sup>であるとしている。

かかる竹田の違法と責任の区別は目的的行為論の違法と責任の区別に類似するものとも考えられる。たとえば、井田良は違法判断の対象を「行為者による意思的な因果過程の制御のプロセス」であると、責任判断の対象を「行為者の規範意識による動機づけの制御のプロセス」<sup>(132)</sup>であると、ここにいる「意思的な因果過程」「動機づけ」は竹田のいう「客観的側面」「主観的側面」にそれぞれ対応するものとも解されよう。

もっとも、井田は違法評価段階では「意思」による制御を問題とし、責任評価段階では「規範意識」による制御を問題とするが、竹田は責任評価段階のみならず、違法評価段階でも「規範意識」による制御を問題とするものであると解され、この点で竹田の見解は井田の見解と異なるものと思われる。

それでは、違法と責任はいかなる関係に立つのであろうか。この点、竹田は、「責任は禁止結果を惹起しまたは惹起しようとした意思の緊張不足、可能性不尽性に対する評価であり、違法はそういう欠陥のある、非難せられる意思発動によって禁止結果を惹起しまたはその危険を生ぜしめたことである」というように、両者を相関的に、相互制約的な観念としてとらえる<sup>(134)</sup>(傍点引用者)べきであるとする。この竹田の見解においては、違法が認められるためには、「非難せられる意思発動」つまりは責任の存在が前提となり、責<sup>(135)</sup>

任なき違法の存在が否定されることになる。ここから、竹田は自らの見解を「主観的違法説」と呼んでいるものとも解される。<sup>(136)</sup>

このような責任が違法の前提となるという竹田の見解をいかに評価すべきであろうか。「非難せられる意思発動」（責任）が違法に前置されることの理由は竹田の考える行為規範の機能に求められるものと思われる。すなわち、竹田によれば、行為規範は、名宛人の意思を国家の要望する方向へと規律し、有害な結果を惹起しないよう一定の作為又は不作為を為さしめ、法益を保護するという機能を有する。さらに、「名宛人の意思を国家の要望する方向へと規律」するためには、各人が意思を緊張させることがその前提として必要とされることになる。したがって、行為規範による法益保護のプロセスは、①規範の働きかけ→②意思の緊張→③適法行為に出る意思の働き→④適法行為→⑤結果不発生となるものと考えられる。これを逆に法益侵害発生のプロセスに置き換えると、①規範の働きかけ（失敗）→②意思の緊張不足→③違法行為に出る意思の働き→④違法行為→⑤結果発生となるであろう。このプロセスを時系列的に犯罪評価の対象とした場合、②（③）の評価（責任）が③④⑤の評価（違法）に先行するということになる。ここから、違法に先行して責任を考えるという思考が出てくると解される。

また、行為規範による法益保護を実現するためには、行為規範によって、各人が規範意識に基づいて違法行為に出ることを避けるように動機づける（意思を緊張させる）ことが必要であり、このような動機付けに対する制御可能性が存在しない場合には行為規範はその機能を発揮し得ないということになる。すなわち、動機付けに対する制御可能性が存在しないところで、有害な結果が発生したとしても、それは行為規範の制御が及ばないものとして、法の関心外にある事象として扱われ、違法評価の対象とはならないものといえる。

以上のように、上記竹田の行為規範による法益保護構想からすれば、責任なき違法は認められないという帰結は論理一貫しているものと解し得る。<sup>(137)</sup>

の点、宮本も行為規範の機能につき竹田と同様の考え方を取りつつ、責任なき違法を否定して、主観的違法論を採用している。<sup>(138)</sup>ここから、行為規範の機能を、行為者の意思に対する具体的な働きかけにより、その行為を制御し、法益保護を図る点に求めるとき、主観的違法論に至るとするのがその一つの帰結であるといえることができる。<sup>(139)</sup>

もっとも、このように責任を違法に前置させ、責任なき違法を否定する竹田のような見解には以下のような批判が考えられる。

まず、犯罪認定の見地から、違法が責任に先行すべきであるとの批判である。たとえば、大塚仁は「実務的な犯罪認定の過程に平行した思考順序として、一般的、客観的な判断が個別的・主観的な判断に先行すべきである」ということから、「違法性の判断は、責任の判断に優先すべきである」と主張している。<sup>(140)</sup>

確かに、犯罪認定の視点に立つと、「客観から主観へ」という流れは合理的であるといえる。しかしながら、処罰の正当化という視点（「正当化の論理」）に指導される犯罪実体論と、犯罪の合理的な発見という視点（「発見の論理」）から導かれる犯罪認定論とは截然と区別されるべきであり、<sup>(141)</sup>実体論に属する違法と責任との区別に際して、認定論的視点を持ち込むべきではない、との反論がこの批判に対しては可能であろう。<sup>(142)</sup>

次に、責任が違法の前提とされることによって、責任無能力者は違法を惹起し得ないということになる。その結果として、例えば心神喪失者による侵害はこれを違法とすることができず、正当防衛を規定する刑法36条1項の「不正」を犯罪要素の一つである違法と同義に解するときには、これに対する正当防衛が認められなくなる、という帰結が導かれることとなる。この点、宮本もかかる帰結を容認し責任無能力者に対しては避難行為（刑法37条1項）をなすことができるにすぎないとするが、<sup>(143)</sup>補充性と害の均衡という厳格な要件の充足を要求する緊急避難のみが成立するという結論には多くの批判が集まるところである。<sup>(144) (145)</sup>

### 第3節 拘束違反の内実

竹田によれば、一個の規範が客観的拘束（「客観的侵害事実を惹起する意思発動を起こすな」）と主観的拘束（「起こさないことについて主観的に緊張せよ」）という二つの拘束を同時に行為者の意思に向けていることとなる。<sup>(146)</sup>そこで、行為規範違反が認められるためには、主観的拘束違反（責任）と客観的拘束違反（違法）の両者が認められる必要がある。

#### 第1款 主観的拘束違反の内実——責任要素

前述のとおり、竹田のいう主観的拘束違反に対する評価は責任であり、責任とは、「侵害結果を惹起する意思をたやすく決意した、緊張足らずして、規範の主観面に対する要望期待を裏切る決意をした」という意思のあり方に対する非難の<sup>(147)</sup>評価」（傍点原著）であるとされた。そこで、竹田の見解においては、緊張努力を怠って侵害惹起を決意したことを基礎づける要素が責任要素ということになるものと思われる。具体的には、緊張努力を怠ったことを基礎づける要素として、責任能力と期待可能性が要求され、侵害惹起を決意したことを基礎づける要素として、意思（故意・過失）が要求されるものと<sup>(148)</sup>解される。

#### （1）責任能力

まず、行為規範により、行為者がその意思を緊張させて法益侵害行為への決意に出ないようにするためには、前提として、当該行為が法的に是認されない行為であることの認識を行為者が有する可能性が存在しなければならない。このような可能性がなく、行為者が法益侵害行為を決意した場合には、行為者を非難することはできない。ここから、是非弁別能力、言い換えれば責任能力が主観的拘束違反（責任）を認めるための要素として要求されることになると考えられる。

もっとも、前述のとおり、責任能力（合価値的選択能力）は行為性の要件となっており、この能力が欠ける場合にはそもそも行為が存在せず、主観的

拘束違反は問題とされないというのが竹田の見解の帰結となろう。

## (2) 期待可能性

次に、意思を緊張努力させて法益侵害行為に出ないようにすることを妨げる事情が存在する場合、法益侵害行為への意思決定をなしたことについて非難することはできない。そこで、期待可能性も主観的拘束違反(責任)を構成する要素になると解される。<sup>(149)</sup>この点、竹田は「行為者が、彼の義務意識の支配力を全然圧倒し盡す程の強い壓迫的な利己的衝動を有する場合に於ては、彼は違法行為の避止可能性を喪失する」とし、その例として、刑法36条2項、37条1項ただし書、105条、257条等を挙げている。<sup>(150)</sup>

## (3) 意思(故意・過失)

次いで、侵害惹起を決意したことを基礎づける要素として、意思(故意・過失)が要求されると思われる。この意思(故意・過失)は客観的拘束違反(違法)をも基礎づける要素であると解されるので、その考察は次款に譲る。

## 第2款 客観的拘束違反の内実——違法要素

それでは、客観的拘束違反の内実はいかなるものであろうか。前述のとおり、竹田によれば、客観的拘束違反(違法)とは、「惹起の禁止を向けられている義務者の義務違反的な、すなわち緊張してこらえることのできる、非難さるべき意思発動によって、したがって不可抗力的な事情なしに、その外界の侵害事実を惹起したということ」<sup>(151)</sup>(傍点原著)である。このうち、「惹起の禁止を向けられている義務者の義務違反的な、すなわち緊張してこらえることのできる、非難さるべき意思発動」という点は、主観的拘束違反すなわち責任の存在を前提とする趣旨であると解することができ、主観的拘束違反の内実については、前款で論じた。そこで、本款では「意思発動によって、〔中略〕その外界の侵害事実を惹起した」ということ、すなわち、意思(狭義の)行為・結果について検討を加えることとする。これらの要素は前述のとおり、(広義の)行為の構成要素となるが、これが構成要件に該当す

る場合に違法要素とされることになる。

（１）主観的要素——意思（故意・過失）

前述のとおり、竹田によれば、行為規範は行為者の意思に働きかけることによって、その行動を制御し、もって法益侵害を防止しようとする機能を営む。この場合、行為規範は行為者に適法行為に出る（違法行為に出ない）という決定をなすように意思を義務づけるのであり、その義務の違反は、適法行為に出ない（違法行為に出る）決定をなすことである。ここから、適法行為に出ない（違法行為に出る）決定（意思発動）は客観的拘束違反の要素となる。この点、宮本も、行為規範が意思に働きかけるものであるという理解を前提に、意思が行為規範違反（違法）の要素であるとしている。<sup>(152)</sup>この竹田や宮本の見解においては、行為規範が、違法行為への決意に出ないように意思に働きかけるという機能を有する場合には、意思（発動）が行為規範違反（違法）の要素となるという帰結が導かれ得るということを確認することができる。

このように、意思が違法要素になると解するときには、人の意思に基づく行為（及びこれによって惹起された法益侵害ないしその危険）のみが違法と評価され得ることになり、人の意思とは無関係に生じた自然現象等による法益侵害ないしその危険が違法とされることはないということになる。すなわち、法規範は「人間の意思に依つて恣意的に侵害脅威し又は実現保全しないことを禁止しているに過ぎ〔ず〕」、「自然現象や不可抗力に依つて侵害せられ実現せられないことにまで禁止を向けているのではない」<sup>(154)</sup>のであり、自然現象や不可抗力は行為規範違反（違法）を構成しないということになる。かかる理解に対しては、客観的評価規範論の立場から、違法を行為規範（決定規範）違反として把握すること自体が問題であるとの反論があろう。すなわち、行為規範（決定規範）は責任に妥当するものであり、違法には評価規範が妥当し、それは客観的生活秩序の侵害であるから、自然現象等による法益侵害を違法と把握することはなお可能であるとの主張が考えられる。しかし

ながら、竹田はこのような主張をする客観的評価規範論に対しては否定的である。すなわち、「規範の前句と後句を切り離して、その前句を独立の規範と見なし、これに『法律規範』又は『評価規範』という名称を与え、それは人間の一定の外部的態度を『要求』し又は『評価』するものであるとなし、又その後句をも独立のものとしてこれに『義務規範』又は『決定規範』という名称を与え、それは人間の内心に向かつて一定の意思の働き方を要求するものであると為す試みは悉く失敗であり、それは規範の論理構造を無視したものであり、それは恰も生きた人間の首と胴とを切り離してその各々に独立の生活機能を期待するのと同様に不可能の論理を採るものである」と<sup>(155)</sup> <sup>(156)</sup>する。

上述したように、意思発動が客観的拘束違反の内実を構成する要素、すなわち違法要素になると解した場合、意思が、一方で、客観的拘束違反（違法）の要素となり、他方で、主観的拘束違反（責任）の要素となる。この点、竹田は客観的拘束力と主観的拘束力は、「何れも行為者の任意の意思を拘束指導する方法において行われるものであるという観点からこれを統一的に把握すべきではないか」<sup>(157)</sup>としており、これは意思が客観的拘束違反（違法）と主観的拘束違反（責任）の両者に属することを表しているものと理解することもできる。しかしながら、このような理解によれば、結局、意思は違法性及び有責性を同時に具備することとなり、竹田のいう違法と責任の区別は実質的には否定されることになりかねないであろう。<sup>(158)</sup>

次に、客観的拘束違反の内実を構成する意思は、「有害な禁止された事実であることの認識またはその可能性を含んだ因果性支配意思の活動」である場合に、故意となるものと考えられる。<sup>(159)</sup>すなわち、故意には事実の認識のほか、違法性の意識が含まれることとなる。<sup>(160)</sup>そこで、違法要素としての故意に違法性の意識を含めることが適切であるかが問題となる。

この点、竹田は、「法規範がその受命者の意思に支配力を及ぼし得るには、法規範の要求が何等かの関係によつてその受命者に認識せられていることが



必要である。また行為者の立場においては、法規範の要求を認識しない限りこれに服従することもこれを拒絶することも共に不可能である。法規範の要求を認識自覚した意思が、その要求に違反した方向に一定の因果過程を支配した場合に、その意思の働きが法に反抗したものの、法的に危険なものと評価せられ、従つてそのような意思に支配せられて発生した客観的事実の法的社会的意義を特殊なものとならしめるのである<sup>(161)</sup>」と述べる。ここから、客観的拘束違反（違法）の要素としての故意は「法の要求を自覚した意思がその要求に違反する方向に働いたこと<sup>(162)</sup>」を意味することになり、故意に違法性の意識が含まれるという帰結になる。この点、竹田と同様に行為規範が意思に働きかけこれを義務づけると解した宮本も「故意は違法性の意識を含む<sup>(163)</sup>」としており、意思に働きかける行為規範の違反の内実として故意を捉えるときには、その内容として違法性の意識が要求され得ることがここにおいて確認できよう。

これに対して、竹田と同様に違法を行為規範違反と捉える目的的行為論は、違法性の意識（の可能性）を故意から切り離し、別個独立の責任要素に位置づけるが<sup>(164)</sup>、違法性の意識を伴わない故意が行為規範違反を基礎づけ得るのかが、上記竹田の理解に照らし、問われることになるものと思われ<sup>(165)</sup>る。

## （２）客観的要素——（狭義の）行為・結果

行為規範は直接的には意思に働きかけ、これを義務づけるものである以上、いわゆる一元的人的不法論が主張するとおり、意思それ自体の義務違反のみが客観的拘束違反（違法）を基礎づけるのであり、意思発動後に展開する因果の流れ（（狭義の）行為・結果）は客観的拘束違反（違法）を基礎づけないものとも解される<sup>(166)</sup>。そこで、竹田の前提とする行為規範論から、なぜ（狭義の）行為や結果が客観的拘束違反（違法）の要素となるのか、その理論構成が問題となる。

すでに、本章第 1 節第 3 款で述べたとおり、竹田においては、客観的拘束

違反(違法)の評価対象となる(広義の)行為は、心素(意思)・体素((狭義の)行為)・結果により構成され、それぞれの間に因果関係が存在することが要求される。このように、心素と体素((狭義の)行為)・結果が因果関係で結ばれることにより、結果は行為規範の働きかけを受ける意思の活動の所産となり、意思を介して間接的に行為規範の統制を受けることとなる。したがって、意思活動と因果関係で結ばれた(狭義の)行為、さらには結果がなお行為規範の規律対象となり得、行為規範違反(違法)を構成する要素となるという道が開かれることになる。<sup>(167)</sup><sup>(168)</sup><sup>(169)</sup>

この点、竹田と同様に法の命令的性質を重視して犯罪論体系を構築した宮本は自身の採用する行為規範論からは理論上結果が違法要素とならないことを認めつつも、<sup>(170)</sup>なお結果を違法要素としていた。その論拠の一つとして、宮本は「主観説に在つては、規範は凡て先づ意思に妥当することに依つて行為に妥当するものであるから、意思の違法が常に問題の根本をなすのである。そして違法な意思から違法な行為が生じ、又違法な行為から違法な結果が生ずるのであつて、違法行為者が違法な結果について責を負ふのは、結果が外部的の因果関係から更に内部的の因果関係を遡つて、結局違法な意思に帰せしめられるからに外ならない」という点を挙げており、宮本の見解においてすでに、結果が意思に帰属されることをもって、結果を違法要素とする理論構成が展開されている。竹田の上記見解はこの宮本の理論構成を踏まえつつも、それをより詳細に展開したものとして評価することができよう。

違法から結果を排除するときには、違法概念から現実性・外面性が欠落し、行為主義との関係で問題をはらむことにかんがみれば、<sup>(172)</sup>行為規範論を採用しつつもなお結果を違法に取り込むことを可能とする竹田の上記理論構成の意義は大きいといえ、この理論構成は、現代において結果の体系的地位を考ふる際に、参照価値の高いものであると思われる。

## 結 語

本稿では、竹田直平の規範理論を「規範の機能」「規範の淵源」「規範違反の内実」という三つの視座に基づいて検討してきた。この検討を通して明らかにされた竹田の規範理論の持つ現代的意義と課題の中から、重要と考えられるものを以下にまとめ、本稿の総括としたい。

まず、「規範の機能」との関係では、竹田は、市民の利益を保護するという観点から規範的支配方法と物理的支配方法を考え、規範的支配方法においては、その本質を命令とする法規範（行為規範）が、行為者の意思に働きかけてその行動を制御し、法益侵害を防止するという機能を有すると解していた。規範が行為者の意思に働きかけ、これを拘束するという構成を取ることで初めて、規範による法益保護が現実的なものになると考えることができ、このような竹田の理解は、法益保護の実効性を確保するものとして、現実社会に適用するのに相応しいものであると評し得、この点にその現代的意義を認めることができよう。

次に、「規範の淵源」との関係では、竹田は、（刑法で用いられる）行為規範および評価規範の淵源を刑法に求め、他の成文法、不文法をその淵源とすることを否定した。このような理解は、行為規範から発せられる禁止・命令の強度を観念し得ることにつながり、また淵源が刑法一つのみであるとする点で行為規範の内容が明確になり、市民の自由保障に資するものであると言える。もっとも、反面で、法秩序の統一性が確保できず、刑法で禁じられていない行為が他の法では禁じられるなどといった規範の矛盾が生じる可能性があり、これは行為規範が行為者の行動を制御する機能を阻害しかねず、問題となる。

次いで、「規範違反の内実」との関係では、第一に、行為概念については、法規範の命令的性格から、「規範的行為概念」が導かれている。この結論は、法規範が名宛人の意思に働きかけ、行動を制御する機能を営むと解すると

き、いかなる行為概念を導けばいいのかという問題を考える場合に、有益な示唆を与えるものであるといえる。この規範的行為概念の下では、行為性を充足する要件としての「予見能力」や「支配能力」が行為者を基準にして決せられることになる結果、違法判断の段階でも行為者個人の能力が問題となるとの帰結が導かれ得るものと解され、かかる帰結は、構成要件要素（違法要素）の解釈にあたって、有益な視点を提供するものと考えられる。もっとも、竹田の見解においては、行為性を充足するための要件として、さらに、「是非弁別能力」（合価値的選択能力）が要求されたのであった。その結果として、責任無能力者の行為が認められないとの結論に達せざるを得ず、この点をいかに解するかが竹田理論の課題となる。

第二に、竹田は、行為規範が意思に働きかけることを前提として、心素（意思）・体素（（狭義の）行為）・結果が（広義の）行為の構成要素であると、それぞれの間因果関係が存在しなければならず、また最終的な因果の起点は心素であると解したのであった。この結論は、因果関係論において因果の起点を（狭義の）行為とする現在の通説の見解に再考を促すものであるといえよう。さらに、上記結論からは、一方で、偶然に惹き起こされた（狭義の）行為を犯罪評価の対象から排除し、偶然責任を排斥することが可能となり、他方で、いわゆる期待行為説によらずに不作為の因果関係を説明し得ることになり、これらの点にもその意義を認めることができるものと思われる。さらに、主観的要素（心素）と客観的要素（体素・結果）が連続した一つの因果の流れに包摂されることによって、両者の質的同一性が肯定され、これらをすべて違法要素とする道が開かれた点は、現在においていかなる要素が違法要素であるのかという問題を検討する際に大きな参考となろう。

第三に、竹田は、意思と因果関係のある結果、すなわち意思支配可能な結果を選択する基準として、行為者が予見したまたは予見し得たか否かという基準を用いている。ここでは、行為者が予見したまたは予見し得た結果のみが

（広義の）行為を構成し、さらには違法判断の対象となるのであり、これにより結果責任の排斥の要請が貫徹されることになった。これに対して、このような行為者の主観を基準として意思と因果関係のある結果を選び出すことにより、因果関係と責任の区別が失われることになりかねず、この点をいかに説明するかが竹田理論に課題として残されているものと解される。

第四に、竹田は、違法と責任を客観的拘束違反と主観的拘束違反という視点で区別し、責任なき違法は認められないと解していた。この帰結は、法規範の命令的性質にかんがみると参考に値するものの、責任無能力者に対する正当防衛が認められないなどの問題点が指摘されることになる。

第五に、竹田は、主観的拘束違反の内実（責任要素）として、責任能力、期待可能性、意思（故意・過失）を要求し、客観的拘束違反（違法要素）の内実として、意思（故意・過失）、（狭義の）行為、結果を要求しているものと解される。ここでは、行為規範が意思に対して働きかけ、これを拘束するものであるという理解からは、意思が行為規範違反の内実を構成することになる、という帰結が導かれている点が重要である。また、上記理解からは故意の内容として違法性の意識が要求され得るといえ、この結論は、目的的行為論が違法性の意識を伴わない故意で行為規範違反を基礎づけ得るとすることに対し、再検討を迫るものであるといえる。さらに、一元的人的不法論が結果は行為規範の統制が及ばず、違法要素とはなり得ないと主張したのに対し、竹田は、結果が心素（意思）と因果関係を持ち、その所産であると言える場合には、なお行為規範の統制に服し得るとの理論構成を用いることにより、結果を違法要素に含めることを可能とした。結果を違法要素とし得ない場合には行為主義が貫徹されない可能性があることにかんがみると、かかる竹田の見解が持つ意義は大きく、現代においても結果の体系的地位を検討する際に参照されるべきものであると思われる。

（1）三上正隆「宮本英脩の規範理論」早研116号225頁以下（2005）〔以下「宮本Ⅰ」〕

と略す)、同「宮本英脩の規範理論Ⅱ—一般規範の法源について—」早誌56巻165頁以下(2006)[以下「宮本Ⅱ」と略す)、同「宮本英脩の規範理論Ⅲ—規範理論による違法要素の体系的整序について—」早誌58巻1号277頁以下(2007)[以下「宮本Ⅲ」と略す]。

- (2) 竹田はその著作『法規範とその違反』(有斐閣、1961)をはじめ多くの研究により、「法規範の本質的な機能とその論理的および価値的構造を詳細に分析」しており(中山研一「竹田刑法学の特色と基本思想」竹田直平『刑法と近代法秩序』334頁(成文堂、1988))、規範理論を詳細に展開した研究が少ない刑法学の分野において、竹田の規範理論を検討する意義は小さくないものと思われる。
- (3) ここでは、刑法規範(行為規範・評価規範)がいかなる意義・機能を有するのかが問題とされる(三上・前掲注1)「宮本Ⅰ」225頁以下参照)。この問題の考察が第三の視座である「規範違反の内実」を考察する際に影響を持つこととなる。
- (4) ここでは、刑法規範の淵源が社会倫理、法秩序全体、刑罰法規のいずれであるのか、また違法性阻却事由の規定は行為規範の淵源たり得るかなどが問題とされる(三上・前掲注1)「宮本Ⅱ」165頁以下参照)。なお、構成要件と違法の関係、違法の統一性(及びこれと関係する各論点、たとえば、公務執行妨害罪(刑法95条1項)における職務行為の適法性など)及び刑法と道徳の関係といった問題はこの視座と関係する。
- (5) ここでは、責任能力、意思(故意・過失)、(狭義の)行為、結果といった要素が刑法規範違反を基礎付けるかなどが問題とされる(三上・前掲注1)「宮本Ⅲ」277頁以下参照)。なお、違法と責任の関係、故意の内容・体系的地位、結果の体系的地位、因果関係論などの問題はこの視座と関係する。
- (6) 竹田直平「可罰価値評価の理論(二・完)」法と経済12巻6号132頁(1939)。
- (7) 竹田・前掲注6)「可罰価値評価の理論(二・完)」132頁。この二つの支配方法については、さらに、竹田直平「規範的意思支配の可能性と教育可能性(二・完)—責任能力の本質に関する再認識—」法と経済10巻5号96頁注1)(1938)、同「責任と刑罰(二・完)」法と経済11巻6号68-9頁(1939)、同「行為論」日本刑法学会編『刑事法講座 第1巻』109頁以下(有斐閣、1952)、同・前掲注2)『法規範とその違反』2頁以下、同『「法規範」の構造—主観的違法説への論理—』法セミ305号51-2頁(1980)、同「規範的支配方法と物理的支配方法〈西東問話〉」判タ473号2-3頁(1982)、同・前掲注2)『刑法と近代法秩序』4頁以下を参照。
- (8) 竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』4頁。

- (9) 竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』6頁以下。行為法（第一次法）と制裁法（第二次法）との関係についてはさらに、竹田・前掲注2)『法規範とその違反』9-10頁。
- (10) これに対して、宮本の見解においては、制裁法の主たる効果はこれに基づき刑罰が執行されることで行為者の規範意識が覚醒されること（特別予防効果）に求められ、威嚇による犯罪予防効果（一般予防効果）は副次的なものに過ぎないとされている（鈴木茂嗣編『宮本英脩著作集 第三巻 刑法大綱』〔原著『刑法大綱』（弘文堂書房、第4版、1935）。以下、宮本『大綱』と略す〕4頁以下、30頁（成文堂、1984））。
- (11) 竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』4頁以下。また、同・前掲注7)「規範的意思支配の可能性と教育可能性（二・完）」96頁注1）、同・前掲注7)「責任と刑罰（二・完）」68-9頁、同・前掲注6)「可罰価値評価の理論（二・完）」133頁、同・前掲注2)『法規範とその違反』4頁以下、同・前掲注7)「行為論」110頁も参照。
- (12) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』5頁。
- (13) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』7-8頁。
- (14) 竹田・前掲注7)「規範的意思支配の可能性と教育可能性（二・完）」98頁。竹田・前掲注2)『法規範とその違反』7-8頁も参照。
- (15) 竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』4頁。
- (16) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』7頁。
- (17) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』7-8頁。
- (18) H.L.A.Hart, The Concept of Law 19 (Oxford U. P. 1961) [矢崎光圀監訳『法の概念』22頁（みすず書房、1976）]。
- (19) 竹田・前掲注7)「規範的意思支配の可能性と教育可能性（二・完）」100頁。同・前掲注7)「責任と刑罰（二・完）」68頁、88頁も参照。
- (20) 竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』104頁。
- (21) 竹田の法益概念の把握については、小暮得雄「違法論の系譜と法益論」法協80巻5号93頁以下（1964）、甲斐克則「日本刑法学における違法論の潮流と法益論—その（一）・主観的違法論および初期の規範違反説を中心に—」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』263-4頁（成文堂、2007）を参照。
- (22) 宮本・前掲注10)『大綱』30頁参照。さらに、三上・前掲注1)「宮本I」227頁も参照。

- (23) 井田良『刑法総論の理論構造』8頁以下(成文堂、2005)参照。
- (24) もっとも、行為規範論は、客観的評価規範論に比べて、刑法解釈を展開する中で、結果的に刑法の目的が社会倫理保護となっているという事態を招きやすいということとは否定しがたい。
- (25) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』305頁。
- (26) James Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldproblem, 1913, S. 144f. ゴールドシュミットの見解については、日沖憲郎「違法と責任」日本刑法学会編『刑法講座 第2巻』93頁(有斐閣、1963)を参照。
- (27) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』51頁。
- (28) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』305-6頁参照。
- (29) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』1頁注2)、同11頁。竹田直平「責任と刑罰(一)」法と経済11巻5号50頁(1939)、同「目的的行為論と主観的違法説」ひろば8巻8号12頁(1955)も参照。
- (30) この点、宮本も竹田と同様、行為規範は命令的性質を有すると解していたといえ(鈴木茂嗣編『宮本英脩著作集 第二巻 刑法學粹』〔原著『刑法學粹』(弘文堂書房、第5版、1935)。以下、宮本『学粹』と略す〕85-6頁(成文堂、1985))、竹田と宮本は行為規範の性質につき同様の見解を採っていたと解することができる。
- (31) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』24頁。
- (32) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』24頁。同312頁も参照。行為法は行為の事前においては行為(決定)規範、事後においては、評価規範となる(同39頁注3))。
- (33) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』38頁。
- (34) 宮本はこのような行為者の規範意識の覚醒を評価規範の機能として考えていたものと解される(宮本・前掲注10)『大綱』69-70頁。この点については、さらに三上・前掲注1)「宮本I」234頁以下も参照)。これに対し、竹田の考える評価規範は行為の適法・違法を識別するための基準としての機能を有するのみであると考えられ、評価規範の機能については竹田と宮本の間で見解の相違が見られる。
- (35) 齋野彦弥「犯罪論体系の構造とその規範理解」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』101頁以下(成文堂、2007)。
- (36) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』70頁以下。
- (37) Karl Binding, Handbuch des Strafrechts, 1.Bd., 1885, S.159. 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』70頁以下、同・前掲注2)『刑法と近代法秩序』100頁参照。



- (38) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』41頁。
- (39) Ernst Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S.115ff. 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』103頁以下、同・前掲注2)『刑法と近代法秩序』101頁参照。
- (40) 竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』13頁。
- (41) Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts: Lehrbuch, 2.Aufl., 1923, S.37ff., S.173ff. 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』149頁以下、同・前掲注2)『刑法と近代法秩序』102頁参照。
- (42) 竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』15頁。
- (43) 竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』103頁。Vgl., Robert v. Hippel, Deutsches Strafrecht, 1.Bd., 1925, S.16ff.
- (44) 竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』16頁。
- (45) もっとも、竹田は、このように、刑法各本条が行為規範の淵源であるとしても、市民は行為規範を刑法各本条から直接認識するわけではなく、刑法各本条から導かれた行為規範が条理と一致している範囲において条理を通じて、これを認識すると解している（竹田・前掲注2)『法規範とその違反』34-5頁）。ただし、このことは自然犯について言えることであり、法定犯における行為規範については、国家が直接的にその受命者に伝達する方法等を取り、受命者がこれを知り得る状態でないとならばその遵守を期待できないとする（同35-6頁）。
- (46) 宮本・前掲注10)『大綱』30-1頁。この点については、三上・前掲注1)「宮本Ⅱ」166頁以下も参照。
- (47) 竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』17-8頁。同・前掲注2)『法規範とその違反』22-4頁も参照。
- (48) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』22-3頁。
- (49) 竹田直平「構成要件と違法の判断」法と経済8巻6号9頁（1937）。
- (50) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』31頁。同32頁、44頁も参照。
- (51) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』37-8頁。
- (52) 竹田・前掲注49)「構成要件と違法の判断」15頁。同「共犯と責任」法と経済7巻1号4頁（1937）も参照。
- (53) 三上・前掲注1)「宮本Ⅱ」182頁参照。
- (54) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』44-5頁。
- (55) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』44-5頁。この見解はメツガーの見解として紹介されているが、竹田も同様の見解を採るものと思われる。この点について

- はさらに、竹田・前掲注49)「構成要件と違法の判断」9頁も参照。
- (56) 宮本英脩「規範の評価と可罰の評価」『宮本英脩著作集 第六巻 刑事法論文集(一)』144頁以下(成文堂、1990)〔初出、『法理論集 牧野教授還暦祝賀刑事論集』1頁以下(有斐閣、1938)〕。
- (57) 宮本・前掲注10)『大綱』126頁。
- (58) 竹田直平「犯罪概念に於ける違法要素と責任要素—所謂一身の刑罰阻却の本質—」法と経済3巻6号65頁(1935)。竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』35頁、256頁参照。
- (59) このような理解の背景には「無害または有益な行為は法規範の禁止の対象とはされていない(竹田・前掲注2)『法規範とその違反』46頁)という理解があると言えよう。
- (60) 竹田直平「違法阻却と違法の判断(一)」法と経済9巻4号39頁(1938)。
- (61) 構成要件に禁止・命令規範を、許容(違法性阻却)事由に許容規範(命題)を対応させる見解として、たとえば、Hans Welzel, *Das Neue Bild des Strafrechtssystems: Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, 1.Bd., 1961, S.17〔福田平=大塚仁訳『ハンス・ヴェルツェル 目的的行為論序説—刑法体系の新様相—』23頁(有斐閣、第3版、1962)〕、野村稔「刑法規範の動態論—刑法規範の一つのデッサン」研修495号6-7頁以下(1989)、同『刑法総論〔補訂版)』155-6頁(成文堂、1998)など。
- (62) Santiago Mir Puig, *Norm, Bewertung und Tatbestandsunwert—Zum Verhältnis von Tatbestand und Norm*, in: *Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag*, 2008, S.61.
- (63) 行為規範と違法性阻却事由が一つの行為規範を構成するとの見解として、西原春夫『犯罪実行行為論』55-6頁(成文堂、1998)、同『刑法総論 改訂版〔上巻)』161-2頁(成文堂、1998)、井田良『刑法総論の理論構造』129-30頁(成文堂、2005)、同『講義刑法学・総論』91-2頁、230-1頁(有斐閣、2008)など。
- (64) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』31頁。
- (65) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』31頁。
- (66) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』31頁。
- (67) 三上・前掲注1)「宮本II」186-7頁参照。
- (68) 三上・前掲注1)「宮本II」186頁参照。
- (69) 井田良「違法性阻却の構造とその実質的原理」山口厚ほか『理論刑法学の最前

線』73頁（岩波書店、2001）参照。

- (70) 竹田直平「行為概念の本質と行為性の限界（一）」甲法7巻2号143頁（1966）。
- (71) もっとも、竹田は犯罪論体系において行為に独立の地位を認めていたわけではないと解される（竹田・前掲注2）『刑法と近代法秩序』44頁）。竹田の犯罪論体系が（行為ではなく）構成要件から始まるとの指摘として、中村直美「刑法における行為概念の意味・機能」法政37巻3＝4号81頁注2）（1971）。
- (72) 竹田・前掲注2）『刑法と近代法秩序』4頁。
- (73) 竹田・前掲注70）「行為概念の本質と行為性の限界（一）」184頁。竹田・前掲注2）『刑法と近代法秩序』33頁以下参照。
- (74) 竹田のいう規範的行為概念が従来の行為論の諸学説といかなる関係に立つのかを確認しておく。

まず、竹田は因果的行為論に対し、「有意性」と「有体性」を認めたことは一応正当な観察であったとしつつも、「有意性」と「有体性」の関係は、「単に機械的因果的な関係として把握されたために、人間の行為に本質的な特徴を捕捉し得ないことになった」と述べ、同行為論を退けている（竹田・前掲注70）「行為概念の本質と行為性の限界（一）」179頁）。

次に、目的的行為論に対しては、これが「『有意性』すなわち目的的意思活動と、『有体性』すなわち身体運動及びこれに随伴する外界変動との関係は、単なる機械的な因果の関係に結ばれているに過ぎないのではなく、行為者の目的実現意思によって支配せられた因果の過程であり、したがって意思実現の過程としての精神的な力によって結ばれているものであること」（傍点原著）を捕捉し、『『行為の存在論的構造』(ontologische Struktur der Handlung)を闡明し得たのは、著しい進歩であり功績であったといわねばならない」として、同行為論を評価している（竹田・前掲注70）「行為概念の本質と行為性の限界（一）」179頁）。もっとも、「身体運動及び外界変動」が「行為者の目的実現意思によって支配せられた因果の過程」であるとの理解は竹田の元来の主張であり、竹田の見解において「意思支配の一貫した強調が行為論を通じて犯罪論全体を貫徹している点は、目的的行為論の主張をむしろ先取りし、これをさらに徹底させたものということができるであろう」との指摘がなされている（中山研一『刑法総論の基本問題』26頁（成文堂、1974）。同・前掲注2）「竹田刑法学の特徴と基本思想」335頁参照）。

このように、竹田の規範的行為概念と目的的行為論は意思支配の強調という点で類似性を有するものといえるが、反面、目的的行為論は行為の論理構造を強調して

行為概念を導いたのに対し、竹田の規範的行為概念は法規範の支配（命令的性格）を強調して行為概念を導いている点で、両者はそのアプローチにおいて異なるものといえよう（竹田は「法規範の命令禁止の支配力を及ぼし得る可能性を具備した事象であるか否かの区別が重要」なのであり、「行為の『存在論的構造』を分析して、意思活動の目標志向性すなわち計劃性と操縦性等の要素を明確に認識するという作業も、法の立場からにおいては、それ自体として重要なのではなく、そのような構造を有する行為に対しては、法規範の支配力を及ぼし得る可能条件が認められるという点が重要なのである」（竹田・前掲注70）「行為概念の本質と行為性の限界（一）」180頁）とする。竹田は法規範の支配という観点から行為概念を導くという手法を取ることで、行為概念は意思により支配された行為から意思により支配可能な行為へと拡張され、目的的行為論において行為に含めしめることが困難であった不作为や過失行為をも行為に取り込むことを可能としている（竹田直平「過失犯および不作为犯の構造と行為支配性—行為概念の本質と行為性の限界（五）—」甲法9巻1＝2号1頁以下（1968）、竹田・前掲注7）「行為論」120頁以下参照）。そして、竹田は「行為の存在論的構造」に固執し、過失犯の行為性の説明に困難を来した目的的行為論を『『目的支配』という自然主義的な心理的要素にとらわれるドグマに陥ったものといわねばならない』（竹田・前掲注70）「行為概念の本質と行為性の限界（一）」181頁）として批判するのである。

これに対して、竹田は「意思活動の法的・社会的有意義性」に注目する社会的行為概念を自らの「規範的行為概念」に極めて接近した考え方であるとして評価している（竹田・前掲注70）「行為概念の本質と行為性の限界（一）」182頁。竹田・前掲「過失犯および不作为犯の構造と行為支配性」43頁も参照）。確かに、たとえば、社会的行為論を提唱するマイホーファーは行為を「客観的に予見可能な社会的結果に向けられた客観的に支配可能な態度」（Werner Maihofer, Der soziale Handlungsbegriff, in: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S.178）と定義づけたが、この定義は「支配可能性」を中核に据える点では、竹田の見解と類似しているといえよう。もっとも、社会的行為論が「人間一般」にとっての支配可能性を問題とするのに対し（Maihofer, a.a.O., S.180. 米田泰邦『行為論と刑法理論』62頁（成文堂、1986）参照）、竹田の規範的行為概念が「行為者個人」にとっての支配可能性を問題とする点で、両者は異なるものといえよう（米田・前掲『行為論と刑法理論』36頁注3）、126頁参照）。

以上より、竹田のいう規範的行為概念は従来主張されてきた代表的な行為概念の

- いずれにも属するものではないと考えることができる（米田は竹田の規範的行為概念を「わが国独特の実質的な規範的行為論」であるとする（米田・前掲『行為論と刑法理論』198頁））。
- (75) 米田・前掲注74)『行為論と刑法理論』32頁注1)。宮本・前掲注30)『学粹』175頁以下参照。米田は竹田の規範的行為概念が宮本の行為概念の線を確実にたどったものであると指摘する（米田・前掲注74)『行為論と刑法理論』83頁注5)）。
- (76) さらに中義勝の行為概念、すなわち「自己に支配可能な身体的態度による一定の外界の変化即ち結果惹起」（同「刑法における行為の概念」刑法4巻4号488頁（1954））も竹田の規範的行為概念と類似するものと思われる（米田・前掲注74)『行為論と刑法理論』36頁注3）参照。もっとも、中は後にこのような行為概念を放棄している（同『刑法総論』59頁以下（有斐閣、1971）。米田・前掲注74)『行為論と刑法理論』216頁注4）参照）。
- (77) この点、井上祐司は規範的行為概念を展開した竹田の論文「行為概念の構造」（竹田・前掲注2）『刑法と近代法秩序』33頁以下）を「行為を規範的支配の可能性として規範主義行為論の完成された姿を提示」したものであるとする（井上祐司「学会回顧」法時37巻13号12頁（1965））。
- (78) なお、ヴェルツェルの目的的行為論は、行為を法に前置されたものであるとし、その概念を法との関係性からではなく、行為の構造それ自体から導き出しており、立法者はこれに拘束されると解しているが（Vgl., Hans Welzel, Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, 1964, S.6）、行為概念が立法者を拘束するという点では目的的行為論も竹田の規範的行為概念も変わらないと言えよう。
- (79) これに対して、ロクシンは法実証主義的見地から「立法者は概念を構成し規制をなすにあたって全く自由である」とする（Claus Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW74, 1962, S.523）。この点については、中村・前掲注71)「刑法における行為概念の意味・機能」99頁参照。
- (80) 竹田・前掲注70)「行為概念の本質と行為性の限界（一）」150頁。なお、竹田は任意の選択を合価値的選択の意味で用いている（竹田直平「行為概念の本質と行為性の限界（二）」甲法7巻3号324-5頁（1967）参照。「行為概念の本質と行為性の限界（一）」では「任意の選択」が用いられていたが、「行為概念の本質と行為性の限界（二）」では、「合価値的な選択」も併せ用いられるようになっている）。
- (81) 竹田・前掲注80)「行為概念の本質と行為性の限界（二）」322頁。

- (82) 社会的行為論については、注74) 参照。
- (83) この点、井田良は「規範の内容じたい、そしてその具体化は、一般予防の見地から(個別行為者の規範意識を度外視した)一般人にとっての規範遵守可能性を考慮したうえで決定される」とし、「その限りで、一般人にとっての行動基準としてふさわしいかどうかの観点で違法判断においては重要な意味を持つ」とする(井田・前掲注23)『刑法総論の理論構造』18頁注2))。しかしながら、この理解と「刑法は『規範』を手段に用いて人の意思的行動をコントロールしようとするものである」(同18頁)という井田自身の理解とが整合するかは慎重な検討を要するものと思われる。
- (84) 竹田は「規範の命令禁止を履行するには、義務の意識を緊張せしめて利己的衝動や恣意的自由を自制し、これを妨げる一切の主観的及び客観的な誘惑圧迫事情を克服して、理性的合価値的選択意思を積極的に活動せしめることを必要とするのが普通である」とする(竹田・前掲注80)「行為概念の本質と行為性の限界(二)」354-5頁)。
- (85) 宮本・前掲注10)『大綱』57頁。
- (86) 意思の自由(合価値的・合規範的選択能力)を行為論の問題として取り扱う竹田の見解は行為に一般的責任能力を要求する宮本の行為概念に接近するとの指摘として、米田・前掲注74)『行為論と刑法理論』77頁注5)。なお、竹田は意思の自由を合価値的・合規範的選択能力と同義に用いている(竹田直平「行為概念の本質と行為性の限界(三)」甲法7巻4号486頁(1967)、竹田直平「行為概念の本質と行為性の限界(四)」甲法8巻1号20-1頁(1967)参照)。
- (87) 上田健二「判批」別冊ジュリ57号40頁(1978)参照。
- (88) 竹田・前掲注70)「行為概念の本質と行為性の限界(一)」190頁、平場安治『刑法における行為概念の研究』47頁、82頁(有信堂、1966)参照。
- (89) 竹田・前掲注70)「行為概念の本質と行為性の限界(一)」190頁。
- (90) 中は結果発生の予見可能性及びこの予見可能な結果の回避可能性を責任無能力者にも認めることができると解している(同・前掲注76)「刑法における行為の概念」489頁)。
- (91) 行為規範の機能を「義務づける機能」と「動機づける機能」に分け、前者の違反には義務の内容である行為を単に遂行する能力すなわち「行為能力」ないし「義務充足能力」を要求し、後者の違反には義務を義務と認識する能力、すなわち「義務認識能力」と、行為を合義務的(適法)行為へと動機づける能力、すなわち「義

- 務遵守能力」を要求して、違法と責任の区別を試みる見解として、Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S.106, 160ff. 同種の見解として、平場安治「責任の概念要素と刑事責任論の根底」『団藤重光博士古稀祝賀論文集（第2巻）』41頁以下、76頁以下（有斐閣、1984）、井田・前掲注23）『刑法総論の理論構造』17頁以下、安田拓人「意思能力、行為能力、責任能力の関係」法セミ567号21頁以下（2002）、同『刑事責任能力の本質とその判断』89頁以下（弘文堂、2006）、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』44-5頁（弘文堂、2005）、増田豊『規範論による責任刑法の再構築—認識論的自由意思論と批判的責任論』39頁以下、60頁以下（勁草書房、2009）など。
- (92) 松原芳博「サンティアゴ・ミル・プーチ『評価、規範および刑法違反性』」早法80巻4号280頁（2005）参照。
- (93) これに対して、安田は、「意思能力および行為能力あるいは故意をもちうる能力は、特定の行為を目的とし、そうした意思を現実化し、構成要件的结果という目的の実現に向けて態度を方向付けていく能力」であるのに対し、「責任能力は、自らの行為が違法であることを認識する能力、そして、違法だからということでその行為を思いとどまることができる能力」であるとして、両者は明確に区別されるべきであると主張する（同・前掲注91）「意思能力、行為能力、責任能力の関係」23頁）。
- (94) この点、中村は、行為概念は「法規に『行為』という用語が用いられている場合には、その用法に可能な限り矛盾しないことが望ましい」（傍点原著）とする（同・前掲注71）「刑法における行為概念の意味・機能」112頁注110）。
- (95) 佐伯千仞『四訂 刑法講義（総論）』165頁以下（有斐閣、1981）など。
- (96) 竹田・前掲注70）「行為概念の本質と行為性の限界（一）」190-1頁参照。
- (97) 竹田・前掲注70）「行為概念の本質と行為性の限界（一）」191頁。
- (98) 竹田・前掲注80）「行為概念の本質と行為性の限界（二）」323-4頁。竹田直平「行為の因果過程—行為概念の本質と行為性の限界（六・完）—」甲法11巻4号407頁（1971）参照。
- (99) 竹田・前掲注98）「行為の因果過程」407頁。
- (100) 竹田・前掲注98）「行為の因果過程」408頁。
- (101) 竹田・前掲注80）「行為概念の本質と行為性の限界（二）」324-5頁参照。
- (102) 山口厚『刑法総論〔第2版〕』50頁（有斐閣、2007）など。
- (103) 竹田・前掲注74）「過失犯および不作為犯の構造と行為支配性」68頁。同72頁

参照。

- (104) この点についてはさらに竹田・前掲注98)「行為の因果過程」400-1頁も参照。
- (105) 犯罪事実の意思への帰属を因果関係論で論じる近時の見解として、辰井聡子『因果関係論』1頁以下(特に、99頁以下)(有斐閣、2006)[本書の書評として、山口厚「書評」ジュリ1328号47頁(2007)、杉本一敏「書評」刑事法ジャーナル8号157頁(2007)、辰井「因果関係論—解題と拾遺—」川端博ほか編『理論刑法学の探究①』1頁以下(成文堂、2008)。
- (106) 意思と行為との間に偶然的契機が存在することを指摘するものとして、Manfred Maiwald, Die Bedeutung des Erfolgsunwertes im Unrecht—Der Einfluss der Verletztenposition auf eine dogmatische Kategorie—, in: Wiedergutmachung und Strafrecht: Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstages von Friedrich Schaffstein / herausgegeben von Heinz Schöch, 1987, S.64ff.; 松原芳博『犯罪概念と可罰性—客観的処罰条件と一身の処罰阻却事由について—』192頁(成文堂、1997)。なお、この点については、増田・前掲注91)『規範論による責任刑法の再構築』208頁以下も参照。
- (107) 竹田・前掲注74)「過失犯および不作為犯の構造と行為支配性」53-4頁。不作為の因果関係についてはさらに、同68頁以下、竹田・前掲注98)「行為の因果過程」401頁以下も参照。
- (108) 竹田・前掲注74)「過失犯および不作為犯の構造と行為支配性」72頁、76-7頁参照。
- (109) 竹田の見解において因果関係は行為の範囲を判断する際に問題となる(竹田・前掲注98)「行為の因果過程」438頁以下)。
- (110) 竹田・前掲注98)「行為の因果過程」400-1頁。
- (111) 竹田・前掲注98)「行為の因果過程」401頁。
- (112) この点、竹田は「行為者の意思の支配可能性の下に展開した因果の流れから生じた結果は、これを支配し得た意思活動またはその意思のあり方がなかったならば発生し得なかったという意味で、その結果の最初の原因をそのような意思のあり方に認めることができるのである。このように一定の結果の発生について、その根源的原因を一定の行為者の任意の意思活動または意思のあり方に遡って認め得る場合に、その行為者の意思とその結果との間に、前者がなければ後者の発生はなかった筈だという因果関係が認められる」とする(竹田・前掲注98)「行為の因果過程」408頁)。



- (113) 竹田・前掲注98)「行為の因果過程」419頁参照。
- (114) なお、竹田は因果関係に関する諸学説を検討しているが、竹田がいずれの学説に与するのかは明らかではない。行為者の意思支配の及ぶ（または及び得る）範囲内にある結果を意思との間に因果関係があるものとして扱っていることにかんがみると、いわゆる主観的相当因果関係説に近い立場であると解することもできる。
- (115) この点、辰井は、「刑事責任は、行為者が自らの意思に基づいて結果を発生させたことによって基礎づけられるものであ[り]」（傍点原著）、「因果関係は『意思に基づいて結果を発生させた』関係を表すものでなければならない」との観点から、その関係を条件関係と主観的相当因果関係で判断するとの見解を主張している（辰井・前掲注105）「因果関係論—解題と拾遺—」2頁。同・前掲注105）『因果関係論』99頁以下参照。ただし、主観的相当因果関係説には修正が加えられている）。この辰井の見解は、因果関係を行為者が自己の意思に基づいて結果発生をコントロールした関係であると把握し、行為者の認識を基礎にしてこれを判断する点において、竹田の見解と共通性を有するものであると解される。
- (116) 大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』219頁（成文堂、2009）。また川端博は「折衷説が行為者の認識を重視するのは、一定の事実を利用・支配することに、その者の『しわざ』として法的に把握する根拠を見出そうとするからであるとおもう」（同『刑法総論講義〔第2版〕』152頁（成文堂、2006））と述べている。この川端の見解も、行為者の認識を基礎に、当該事実を行為者が支配していたかを判断する点で、竹田の見解とその発想を同じくするものであると言い得よう。
- (117) 辰井・前掲注105）「因果関係論—解題と拾遺—」25-6頁。
- (118) 大谷・前掲注116）225頁。同218頁の主観的相当因果関係説に対する批判も参照。
- (119) 大谷・前掲注116）225頁。川端・前掲注116）150-1頁参照。
- (120) この点、辰井は『『行為者の支配によらない偶然的な結果を排除する』ためには、むしろ、行為者の認識こそがつねに考慮されなければならないはずである」とする（辰井・前掲注105）「因果関係論—解題と拾遺—」26頁）。もっとも、辰井はさらに「社会の基盤となる諸制度の維持のためには、成人には一定の知識・能力が備わっていることを前提とせざるをえないので、知識・能力の下限は規範的に判断される必要がある（この限りで一般人基準が併用される）」（辰井・前掲注105）「因果関係論—解題と拾遺—」2頁。同・前掲注105）『因果関係論』117頁以下参照）とする。このような修正が、因果関係を行為者が自己の意思に基づいて結果発生を

- コントロールした関係であると把握し、その判断において行為者の認識を基礎に置くことにより偶然的な結果の行為者への帰責を排除する、という辰井の主張と整合するかは疑問なしとしない(山口・前掲注105)「書評」47頁、杉本・前掲注105)「書評」159頁参照)。
- (121) 竹田・前掲注98)「行為の因果過程」434頁。
- (122) 瀧川幸辰『改訂 犯罪論序説』38頁(有斐閣、1947)。
- (123) 竹田・前掲注98)「行為の因果過程」438頁。
- (124) 前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』179頁(東京大学出版会、2006)、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』73頁(弘文堂、2008)参照。
- (125) 主観的相当因果関係説に立つ辰井の見解に対しても、因果関係と責任の関係が問題視されている(山口・前掲注105)「書評」47頁、杉本・前掲注105)「書評」159頁)。
- (126) この点、辰井は「犯罪事実の意思への帰属」を因果関係に位置づけることが、因果関係論や錯誤論などの議論の適正化につながるとする(辰井・前掲注105)「因果関係論—解題と拾遺—」3頁以下)。
- (127) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』318頁。
- (128) 竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』30頁。
- (129) 竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』30-1頁。
- (130) 竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』31頁。
- (131) さらにまた、竹田は別の角度からも違法と責任を規定する。すなわち、違法要素とは「行為の侵害性に対して意味を持つ要素」、また責任要素とは「行為の避止可能性に関係を持つ要素」であると述べており(竹田・前掲注58)「犯罪概念に於ける違法要素と責任要素」75頁)、竹田においてはまた、違法と責任は「行為の侵害性」と「行為の避止可能性」でもあるということもできよう(竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』35頁以下も同旨。中山は竹田において「有害な結果発生とその避止可能性という形で違法性と責任の区別が立てられる」とする(同・前掲注2)「竹田刑法学の特色と基本思想」337頁))。このような違法と責任の区別が、本文中で述べた客観的拘束違反としての違法と主観的拘束違反としての責任の区別と対応するかは疑問の余地がある。
- (132) 井田・前掲注23)『刑法総論の理論構造』231頁。
- (133) 井田・前掲注23)『刑法総論の理論構造』17-8頁、231頁。
- (134) 竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』32頁。

- (135) 竹田の犯罪論体系においては「責任が違法の前提とならざるをえない」との指摘として、中山・前掲注2)「竹田刑法学の特徴と基本思想」336頁。
- (136) 竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』30頁。もっとも、竹田は、「従来の主観的違法説」が「法的命令禁止を向けられた受命者の意思に於けるその命令を否定無視する不法意思の働きの中に違法の観念を構成」した点を批判しており（竹田直平「違法論に於ける主観説と客観説」『瀧川先生還暦記念 現代刑法学の課題 下』446頁（有斐閣、1955））、「従来の主観的違法説」すなわち主観的違法論に竹田の見解を含めることができるかは慎重な検討を要しよう。なお、竹田の見解を主観的違法論に分類するものとして、西原・前掲注63)『刑法総論 改訂版〔上巻〕』128頁注2)、大塚仁『刑法概説総論〔第4版〕』359頁注8)（有斐閣、2008）など。
- (137) 命令規範論からは責任なき不法を認めないのが理論的に一貫しているとの指摘として、松原・前掲注106)『犯罪概念と可罰性』194頁。
- (138) 宮本・前掲注10)『大綱』69頁以下。三上・前掲注1)「宮本Ⅰ」229頁以下参照。
- (139) 行為規範（決定規範）の機能を同様に解しつつ、責任なき違法を認める見解（客観的評価規範論）も主張されており、その成立可能性は別途検討が必要である。この検討は、本稿の射程を超えるため、別稿に委ねたい。
- (140) 大塚・前掲注136) 360頁。同様の見解と解されるものとして、内田文昭「違法と責任」『現代刑法講座 第二巻 違法と責任』5頁（成文堂、1979）。
- (141) 鈴木茂嗣『刑法総論（犯罪論）』18頁（成文堂、2001）。
- (142) この問題点については、三上・前掲注1)「宮本Ⅲ」278頁以下参照。
- (143) 宮本・前掲注10)『大綱』93-4頁。三上・前掲注1)「宮本Ⅰ」238頁、同・前掲注1)「宮本Ⅲ」280頁参照。
- (144) 責任無能力者の侵害行為に対し正当防衛が認められなくなるという観点から主観的違法論を批判する見解として、曾根威彦『刑法学の基礎』92頁（成文堂、2001）、安田・前掲注91)「意思能力、行為能力、責任能力の関係」22頁など。
- (145) もっとも、侵害者である責任無能力者はその侵害に対し帰責性がないといえ、そのような者に対しては、正当防衛をもって対抗することを否定し、緊急避難によって対処すべきであるとの価値判断も成り立ちうるものと解される（井田・前掲注23)『刑法総論の理論構造』159頁以下、三上正隆「正当防衛」曾根威彦・松原芳博編『重点課題 刑法総論』82頁以下（成文堂、2008）参照）。
- (146) 竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』30頁。

- (147) 竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』30-1頁。
- (148) 竹田がいかなる要素が責任に属すると解していたかを竹田の記述から明確にすることは難しい。なお、規範的責任論に基づき、違法行為の避止可能性を基礎づける(イ)責任能力、(ロ)故意・過失、(ハ)行為の際に於ける義務意識の支配の自由(期待可能性)を責任要素とすると解される記述もあるが(竹田・前掲注58)「犯罪概念に於ける違法要素と責任要素」70頁以下)、竹田がこれらの要素を主観的拘束違反として把握された責任の要素でもあると解していたのかは判然としない。
- (149) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』323頁以下参照。
- (150) 竹田・前掲注58)「犯罪概念に於ける違法要素と責任要素」73頁。
- (151) 竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』31頁。
- (152) 宮本・前掲注10)『大綱』76-7頁。三上・前掲注1)「宮本Ⅲ」285頁以下参照。
- (153) 竹田は「法的命令を否定する意思に依つて構成要件を実現する行為が違法である」とする(竹田・前掲注136)「違法論に於ける主観説と客観説」447頁。
- (154) 竹田・前掲注136)「違法論に於ける主観説と客観説」447頁。
- (155) 竹田・前掲注136)「違法論に於ける主観説と客観説」446-7頁。
- (156) この竹田の客観的評価規範論に対する批判が妥当なものであるかの検討は、同理論の考察を展開する別稿で、これを行うこととしたい。
- (157) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』305-6頁。
- (158) この点、中山研一は、竹田説においては、「具体的にいかなる順序で犯罪の成立要件が分析されていくのかという点に不明確なところが残されているように思われる。それは、犯罪の体系論が何のためにあるのかという反省につながるであろう」とする(中山・前掲注2)「竹田刑法学の特色と基本思想」338頁)。
- (159) 竹田・前掲注2)『刑法と近代法秩序』96頁。
- (160) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』64頁以下。竹田・前掲注29)「目的的行为論と主観的違法説」14頁。
- (161) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』65頁。
- (162) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』65頁。
- (163) 宮本・前掲注10)『大綱』145頁。三上・前掲注1)「宮本Ⅲ」288頁以下参照。
- (164) 井田・前掲注23)『刑法総論の理論構造』81頁以下、231頁以下など。
- (165) 竹田・前掲注2)『法規範とその違反』64頁以下。竹田・前掲注29)「目的的行为論と主観的違法説」14-5頁。

- (166) 一元的人的不法論は、規範の統制が及ばない結果を行為規範違反としての不法の要素から排除する（増田・前掲注91）『規範論による責任刑法の再構築』84-5頁。松原・前掲注106）『犯罪概念と可罰性』186-7頁参照）。
- (167) 一元的人的不法論が結果を不法から切り離す理由の一つとして、偶然的事情によって左右される結果を処罰根拠となる不法の要素とすることは責任主義（偶然責任の排除）に反するという点が挙げられる（たとえば、増田・前掲注91）『規範論による責任刑法の再構築』118-9頁）。しかしながら、結果を行為者の意思の所産とすることができる場合には、もはや結果は単なる偶然の産物とはいえなくなるであろう。よって、この場合に結果を不法要素に取り込んで結果を処罰の根拠づけに用いたとしても、それは責任主義に抵触するものではないと考えられよう。
- (168) 構成要件の結果の発生という結果無価値を意思の実現として把握することにより、意思に包摂される結果無価値は行為無価値の内容に含まれるとする見解として、Hans Joachim Hirsch, Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgswert, in: Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, 2002, S.3ff. [同論文の検討を通じて、人的不法論の「行為無価値」概念の内実、及び「行為無価値」と「結果無価値」との関係を検討した論考として、松原芳博「人的不法論における行為無価値と結果無価値—ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ『行為無価値、事態無価値および結果無価値』の検討を通じて—」早法78巻3号263頁以下（2003）]。
- (169) 故意作為犯・不作為犯においては、行為者が自覚的目的的に支配した事物の因果性の作用によって結果が生じた以上、このような結果は意思の産物として、行為者に帰属することが可能となる。それでは、結果惹起を行為者が意図せず、その結果を惹起した事物の因果性を自覚的目的的に支配したとはいえない過失行為の場合も結果を行為者に帰属することができるのかが問題となる。この点、竹田は、「過失による結果も、それが行為者の予見能力と価値意欲とに照らして、その能力相当に活動せしめたならば、これを防止回避することが可能的であったという意味では、やはり任意に惹起せしめた結果であり、法規範の支配力を及ぼすことの可能な行為結果である」（竹田・前掲注74）「過失犯および不作為犯の構造と行為支配性」35頁）としている。
- (170) 宮本英脩「行為の評価と因果関係」『宮本英脩著作集 第六卷 刑事法論文集（一）』218-9頁（成文堂、1990）〔初出、宮本英脩「行為の評価と因果関係」論叢11巻1号14頁（1924）〕。三上・前掲注1）「宮本Ⅲ」296頁以下参照。
- (171) 宮本・前掲注10）『大綱』77-8頁。同109頁も参照。

(172) 松原・前掲注106)『犯罪概念と可罰性』191頁以下。