



Title	日本の刑法および刑法理論の流れ
Author(s)	川端, 博
Citation	法律論叢, 69(1): 117-134
URL	http://hdl.handle.net/10291/1411
Rights	
Issue Date	1996-09-30
Text version	publisher
Type	Departmental Bulletin Paper
DOI	

<https://m-repo.lib.meiji.ac.jp/>

【資料】

日本の刑法および刑法理論の流れ

川 端 博

目次

- 一 はじめに
- 二 日本における刑法の歴史
- 三 刑法理論の流れ
- 四 おわりに

一 はじめに

ただ今、ご紹介にあずかりました日本国明治大学教授の川端でございます。本日は、講演の機会を与えていただきまして、誠に有難うございます。⁽¹⁾韓国と日本の刑法学の交

流の一助になればと思つて、講演の依頼をお引受けした次第であります。「日本の刑法および刑法理論の流れ」という演題を頂戴いたしましたして、日本の刑法と刑法理論の歴史と現状についての概略をお話することになりました。まず、刑法の歴史を簡単にお話した後、刑法理論の発展についてその概要をお話していくことにします。

二 日本における刑法の歴史

1 近代以前の刑法

古代の日本におきましては、大化の改新の後、中国の法に学んで大宝律が七〇二年に、養老律が七一八年にそれぞれ制定されました。これらには、各別的な諸種の規定のほか、たとえば、責任能力、錯誤、共犯などに関する総則的規定も設けられ、刑罰としては、正刑、換刑、閏刑、附加刑の四種が規定されていたのであります。正刑は、笞、杖、徒、流、死の五種類につき二〇等の段階が区分され、また、連坐、縁坐の制度も認められておりました。これらは、唐律の規定を踏襲したのですが、そのまま唐律を導入したわけではなくて、規定の簡素化と刑の緩和化がなされており、そこに独自の日本法としての特徴があるのであります。

平安時代の中期以降、律令制度は、次第にすたれ、刑事法の分野では、檢非違使庁の庁例が重要な意味をもつこととなったのであります。庁例刑法の内容は、律に比べて手続きを簡素化し、刑を緩和する傾向にあったのであり、自

由刑が広汎に行なわれたのであります。なお、八一八年から一一五六年までの三三九年の間、少なくとも朝臣に対しては、死刑が行なわれなかったことが注目されています。

中世におきましては、律令法の適用は、主として公家法の領域に限られ、これに対する武家の法が、新たに国法の中核をなすに至りました。御成敗式目（貞永式目）（一二三二年）は、当時の武家の慣習法を成文化したものであります。刑罰としては、死刑、流刑、追放刑、自由刑、身体刑（火印など）、職務刑（改易など）のほか、広範囲にわたって財産刑（没収）が行なわれていたのであります。

近世に至って武家の刑法は、一応、完成したといえます。徳川幕府の刑法も、慣習法を主体とする武断的・威嚇的性格のものでありまして、初期においては、なお、残酷な色彩が濃厚でありましたが、次第に緩和化の傾向が現れました。幕府によって慣習法が立法化されたいわゆる御定書百ヶ条、すなわち、公事方御定書下巻（一七四二年）が特に重要であります。それは、徳川幕府の判例刑法の集成であり、その後における判例法の基礎として重要な意味をもつたのであります。責任能力、故意、過失などに関する若干の総則的規定がおかれ、刑罰として、死刑、身体刑、遠島刑、追放

刑、自由刑、財産刑、身分刑などが認められておりました。

2 近・現代の刑法

明治元年（一八六八年）に仮刑律が定められ（それは公布はされておりません）、同三年（一八七〇年）に新律綱領が制定され、同六年（一八七三年）の改定律令は新律綱領を修正し、ここに律令系刑法への復帰が見られたのであります。しかし、明治一三年（一八八〇年）の刑法（明治一五年、一八八二年施行）は、西洋の近代刑法を継受いたしました。これは、明治政府がパリ大学から招聘したポアソナードによって起草された草案（明治一〇年、一八七七年完成）を元老院の審査に付して修正をほどこしたうえ、明治一三年大政官布告三六号として公布されたものであります。これは、フランス刑法、とくにナポレオン刑法典からの影響が強く、総則と各則とを区分し、罪刑法定主義を宣言し、犯罪を重罪、軽罪および違警罪に三分し、刑罰として、死刑、徒刑、流刑、懲役、禁獄（重罪の刑）、禁錮、罰金（軽罪の刑）、拘留、科料（違警罪の刑）の各種を含む主刑と、剥奪公権、停止公権、禁治産、監視、罰金、没収を

含む附加刑とを規定したのであります。

その後、富国強兵策を強力に推進した明治政府は、法制の範をドイツ帝国に求めるようになりまして、ドイツ刑法の影響のもとに制定されたのが、明治四〇年（一九〇七年）の刑法であります（明治四一年、一九〇八年施行）。この刑法典が現行刑法であります。この法典は、犯罪類型が包括的である点、および、法定刑の幅が非常に広い点に特徴があるのであります。たとえば、旧刑法におきましては、殺人罪は、謀殺罪、故殺罪、毒殺罪、惨刻殺罪、便利殺罪、誘導殺罪、誤殺罪などに細分され、それぞれについて、死刑または無期徒刑が科せられておりましたが、現行刑法は、殺人罪を一九九条だけに統合し、法定刑も「死刑又は無期若しくは三年以上の懲役」として、きわめて幅を広くしているのであります。さらに、重罪、軽罪、違警罪の区分が廃止され、刑罰の種類が限定されております。

この刑法典は、明治四一年の施行以来、時代状況に合わせて、何度も部分的に改正されてきております。重要なものとして、昭和二年（一九四七年）の改正法は、新たに制定された日本国憲法の問題、とくに平等主義、人権尊重主義などの観点から刑法典の全般にわたって改正を行って

いるのであります。たとえば、皇室に対する罪および妻の姦通罪に関する規定が削除され、公務員の職権濫用罪、暴行罪、脅迫罪の法定刑が加重され、刑の執行猶子を付すことのできる条件が緩和され、さらに、前科抹消の制度や名誉毀損罪における事実の証明に関する規定などが新設されております。また、昭和六二年（一九八七年）には、コンピュータ犯罪に対応するために、電磁的記録不正作出罪・不正電磁的記録供用罪、電子計算機業務妨害罪、電子計算機使用詐欺罪の規定が新設されました。これらは、その時々々の犯罪現象に対応するためのいわば「対症療法」的な改正にとどまったものであると一般に評されております。

3 刑法改正の動向

大正一〇年（一九二一年）に政府から刑法改正の可否と綱領について諮問をうけた臨時法制審議会は、大正一五年（一九二六年）に「刑法改正ノ綱領」を答申いたしました。昭和二年（一九二七年）に司法省に設置された刑法改正草案の起草委員会が、その「刑法改正ノ綱領」を基礎にして「刑法改正予備草案」を起草し、さらに刑法並監獄法改正調

査委員会において右の「予備草案」が審議され、昭和一五年（一九四〇年）に「改正刑法仮案」として発表されましたが、第二次大戦が激化したため改正作業は中止されてしまったのであります。

第二次大戦後、法務省は、全面改正作業にとりかかりまして、昭和三二年（一九六三年）には小野清一郎博士を座長とする「刑法改正準備会」を発足させました。刑法改正準備会は昭和三八年（一九六三年）に「改正刑法準備草案」を発表しましたが、同じ年に法務大臣から刑法の全面改正の可否と綱領を諮問された法制審議会は、「刑事法特別部会」を発足させ、同部会は「準備草案」を土台にして審議を進め、昭和四七年（一九七二年）に「法制審議会刑事法特別部会改正刑法草案」を公表いたしました。そして、法制審議会は、昭和四九年（一九七四年）に刑事法特別部会案を基礎にして作成された刑法草案を可決し、法務大臣に對して、現行「刑法に全面的改正を加える必要がある。改正の要項は当審議会の決定した改正刑法草案による。」という答申をしたのであります。そして、その年の一二月に確定案は「法制審議会改正刑法草案」として公表されました。改正刑法草案の特徴は、次の諸点にあります。すなわち、

改正刑法草案は、犯罪論に関して、罪刑法定主義の原則を明示し、不作為による作為犯、みずから招いた精神の障害、不能犯、間接正犯、共謀共同正犯、などについて明文規定において条文上の根拠を与え、違法性の意識を欠いたことに相当な理由があるときは罰しないものとし、結果的加重犯の処罰には結果発生の子見可能性を必要とし、また、刑は、犯人の責任に応じて量定すべきものとするなど、責任主義を徹底しようとしております。刑罰に関して、懲役・禁錮の下限を三月、拘留の上限を九〇日（併科のばあいは一二〇日）とし、自由刑の執行に関する基本原則、刑の適用の一般基準を示し、常習累犯に相対的不定期刑を定め、保安処分として、治療処分および禁絶処分を規定するなど、刑事政策上の考慮を払っているであります。なお、各論に關して、種々の犯罪類型を新設しておりますが、ここでは省略させていただきます。

改正刑法草案には、条文の表記を現代語に改めて読みやすくし、刑法学説の成果をかなり取り入れて理論的深化を図るなどすぐれた面もあります。しかしながら、その反面、構成要件の細分化と種々の犯罪の新設と旧来の犯罪の存置・重罰化の傾向があること、行刑に関する学問

的成果をあまり考慮していないこと、などの欠陥も指摘されております。欠陥として指摘されている点をめぐって国民各層から改正反対の運動が起こったため、法務省は、昭和五十一年（一九七六年）に政府案作成のためいわゆる「中間案」を発表して、反対運動において示された批判に答えておりますが、必ずしも世論の賛同を得るに至ってはいない状況にあります。

先程、お話ししましたように、現行刑法は制定以来一度も大改正を受けておりませんので、片仮名まじりの漢文調の法文のままであり、現在では一般にはなじみにくい難解なものとなっております。そこで、法務省において刑法典を現代語化する作業が推進されているのであります。わたくしは、刑法の「行為規範性」という立場から刑法理論を再構築しようといふ大いに努めておりまして、その観点からは、刑法典の現代語化は大いに歓迎すべきものであると考えております。刑法典の現代語化は、多くの研究者やマスコミからも支持されておりました。早期実現が期待されているのであります。⁽²⁾

三 刑法理論の流れ

1 犯罪の本質をめぐって——客観主義と主観主義

次に、刑法理論の流れを見ていくことにします。明治時代の中葉以降、日本国におきましては、ヨーロッパとくにドイツの刑法学の影響のもとに、客観主義・古典学派および主観主義・近代学派の刑法理論が移入され、大正期から昭和初期にかけて、両学派間で激しい論争が展開されました。客観主義と主観主義の対立といえますのは、犯罪の本質をいかに解するか、という点をめぐる見解の対立であります。客観主義とは、刑事責任の基礎を外部的・客観的に表現された犯人の「行為」に求める立場をいまして、主観主義とは、刑事責任の基礎を「犯人」の反社会的性格、すなわち、犯罪行為を反復する「犯人」の社会的危険性に求める立場をいいます。これは、内容に即していいますと、行為主義と行為者主義との対立を意味することになります。リストの「罰せられるべきは、行為ではなくて行為者である」という標語が示しておりますように、古典学派は客観

主義・行為主義を採り、近代学派は、主観主義・行為者主義を採ったわけであります。

客観主義と主観主義との学説の対立は、長い間、続きましたが、第二次大戦後は、両学派の対立を止揚しようとする傾向が強くなりました。たとえば、木村龜二博士は、目的的行为論や構成要件理論を積極的に採用して客観主義との統合を目ざされ、団藤重光博士は、古典学派の立場に立ちつつ主体的な行為者についての人格責任論を展開されて、近代学派の性格責任論との統合を図られたのであります。また、佐伯千仞博士は、責任主義を前提とし、特別予防論によりつつ、主観主義を人権保障のために客観主義的に制限することによって、両学派の統一を試みられたのであります。その結果、現在では、古典学派の立場を基本的に受け入れたうえで、近代学派の主張をも取り入れる立場が多くなっております。

2 刑法の機能の理解をめぐって

——社会倫理主義と法益保護主義

現在、刑法の「機能」の理解に関して基本的な対立があ

ります。社会倫理主義は、刑法の機能を法益保護による社会倫理の維持に求め、犯罪の本質は社会倫理規範違反であると理解します。その代表的な主張者は、団藤博士や大塚仁博士であります。法益保護主義は、刑法の機能を法益の保護に求め、犯罪の本質は法益の侵害・危険であると理解します。その代表的な主張者は、平野龍一博士であります。

この対立は、古典学派と近代学派との対立とは直接的な関係をもちませんが、社会倫理主義は応報主義に立脚する後期古典学派に由来するのに対し、法益保護主義は、前期古典学派に由来するものとされております。

社会倫理主義と法益保護主義との対立について、わたしは次のように解しております。すなわち、刑法は、法益保護をとおして究極において社会秩序を維持することを目的としているのであって、社会倫理秩序の維持を直接の目的としてはおりません。したがって、法益を侵害し、またはその危険を生じさせる行為でないかぎり、たとえ社会倫理規範に違反する行為であっても、刑法上の違法行為とはならないのであります。このように、刑法の目的は法益保護にありますが、しかし、その法益保護機能が、副次的に社会倫理維持の機能を事実上、果たしていることを無視す

ることはできません。社会生活上、重要な法益侵害行為は倫理的にも不当とされることが多いのですが、社会倫理の維持は、刑法の「目的」ではないとされるにすぎません。社会倫理主義と法益保護主義との対立は、違法性の本質の捉え方に投影されますので、その箇所を改めてお話しすることにします。

3 違法性の本質をめぐって

——人的不法論と物的不法論

現在、学界において違法性論に重大な関心が寄せられております。といいますのも、違法性論は、刑法理論上、非常に大きな拡がりをもっているからであります。すなわち、違法性論は、違法行為が構成要件に定型化されていくという意味で構成要件論と結びつき、責任との相互関係をどう解するかという点で責任論とも結びつくのであります。従来、「客観的なものは違法性へ、主観的なものは責任へ」というテーゼに即して、違法性と責任が関係づけられてきましたが、しかし、主観的違法要素の理論を経て人的違法論ないし人的不法論が優勢になってきますと、その関係の理

解が従来の枠組では説明できなくなるのであります。これは、違法性の本質論そのものでもありますが、さらに構成要件の理解にもはね返ってくるようになります。このように、違法性論は犯罪論上、大きな揺がりをもつてきます。

たとえば、未遂犯の処罰根拠の問題、不能犯の問題、そして共犯の処罰根拠の問題なども、結局は、犯罪は法益侵害に尽きるのか、それとも法益侵害の態様にも意味があるのか、という違法性の本質論を考慮に入れなければ、解決できないのであります。違法性の本質は行為無価値にあるのか結果無価値にあるのかという形での議論は、つまるところ、違法性の実質は法益侵害の観点からだけで説明がつくかどうかという問題にはかなりません。

行為無価値・結果無価値という概念を提唱したのは、皆さんもすでにご承知のとおり、ドイツの刑法学者で法哲学者でもあったヴェルツェルであります。目的的行为論の強力な推進者でありましたヴェルツェルは、従来の因果的行为論が違法性において法益侵害説をとつて、違法性の本質を法益侵害ないしその危険に求めたことを厳しく批判いたしました。目的的行为論によりますと、行為は主観と客観の統合体であり、両者が入り混じつてまさに不可分一体の

ものとして構成されますので、違法「行為」の観点から違法性の本質を考えるばあいに、法益侵害ないしその危険という外形的な結果の側面だけを見ていくのは不当であるとされるのであります。すなわち、行為者の目的意識に担われた「行為」の態様が重要性をもつていたのであり、どのような意思で構成要件の結果を実現しようとしたのか、ということを考慮に入れなければ、違法性の実質・有無は判断できないとされます。このように、行為態様とか、行為者の動機とか、目的とかの主観的側面が重大な意味をもつことが主張され、法益侵害ないし危険という結果だけでなくて行為の側面をも重視すべきであるとする立場が行為無価値論として主張されるに至つたのであります。行為無価値論によりますと、客観的に見てまったく同じ行為をしたといたしましても、行為者がどういう意思をもつてそれを行つたかということを考慮に入れなければ、それが違法かどうかは判断できないこととなります。これに対して従来の法益侵害説は、法益の侵害ないしその危険という「結果」に違法性があると解しますので、結果無価値論と称されるわけであります。

行為無価値論によりますと、ある行為が違法かどうかは、

行為者の主観を考慮して初めて定まることになりますので、純粹な客観的な要素、すなわち、物的要素だけでは判断できないこととなるのであります。違法性は、「行為者に関係づけられたもの」であるという意味におきまして「人的」違法論あるいは「人的」不法論の観点から把握されなければならぬこととなります。人的不法論は、いろんな局面で新たな展開を見せております。たとえば、違法性判断における「行為時基準判断」、すなわち、「事前判断」の重要性が指摘されるに至っているのであります。

違法性判断における行為時基準判断あるいは事前判断といえますのは、違法性の有無について「行為時」を基準にして判断することを意味します。これに対して、事後判断とは、「裁判時」にあきらかになった事実を基準にして判断することをいいます。「事前」判断という用語は、行為「前」という意味に誤解されかねませんが、これは、行為「後」に明らかになったすべての客観的事実を基礎としてなされる「事後」判断との対比において、「事後的でない」という意味で「事前」判断なのであります。その本質は、行為時を基準にして違法性の存否を判断する点にあります。

従来、違法性の存否は、事後的観点から判断されるべき

であると解され、疑問の余地がないと見られてきました。すなわち、「違法性について決定的なものは、その行為が現実にとどのような行為であったか、特にそれが現実に惹起しあるいは惹起するおそれのある法益の侵害、結果でありますから、裁判官は違法性の判断については、公判審理の結果、明らかにしたところに従って判断すべきであつて、自ら行為の当時にいあわせたと仮定してどのような判断に到達したであろうかによるべきではない」とされます。しかし、「この原則は法が行為者に裁量的判断を命じまたは許している場合」には修正をうけ、事前判断が例外的に承認されるべきであるとされているのであります。この見地におきましても、事後判断がまったく例外を許さない絶対的原理ではないことが是認されていることに留意する必要があります。このような見解の前提にありますのは、客観的違法性説の考え方であり、より正確にいいますと、違法性を純粹に「客観的な」評価規範違反と解する考え方にほかなりません。すなわち、違法性という価値判断は、「客観的な」ものでなければならず、「客観的に」存在したすべての事実を基礎にしてなされなければならないと解されたのであります。そこで、裁判官は、審理の結果、明らかとなつ

た「客観的事実」をふまえて違法性の存否を決定すべきであつて、「行為時」の事実に限定して判断するのは、違法性判断の「客観性」をそこなうものとされたといえるでしょう。ここに見られる思考は、違法性は「行為者」の事情を離れて、あくまでも厳然として存在する事実に即して判断されるべきであるとする即物的考察方法を基礎にしております。

ところが、「行為者」の事情こそが違法性の存否にとって重要であるとする立場に立ちますと、事態は一変いたしました。すなわち、行為無価値論・人的不法論の見地からは、違法性判断の基礎となるべき事実の「客観性」の原理は必ずしも自明のものではなく、むしろ行為時における状況が違法性判断に重大な影響を及ぼすと見るべきであることとなります。つまり、行為者の主観を重視しますと、「行為」をおこなう者（行為者）の主観は、まさしく「行為」時におけるそれでありますから、その主観が違法性の存否に影響を及ぼすことになり、行為時を基準にしてはじめて違法性の判断は正確になされることとなります。

このような「違法性判断」の基準時の「逆転」をもたらしたのは、行為無価値二元論（一元的人的不法論）の論理的徹

底性であつたといえると思います。ドイツにおいて透徹した一元論を展開したアルミン・カウフマンは事前判断を要求いたしました。それは、行為無価値一元論を首尾一貫して主張したことになるのであります。なぜならば、行為者の主観だけが不法にとって重要であるとし、その主観の「存在時」を問題にすべきことになり、「行為時」がきわめて重要な意味をもつことになるからであります。たしかに、一元的人的不法論の見地から、事前判断の正当性を主張することは容易でしょう。しかし、問題は、事前判断はこの見地からしかみとめられないものなのかどうか、という点にあります。この点につきまして、わたくしは、事前判断は一元的人的不法論の必然的結論ではなく、二元的人的不法論の立場からも、違法性の事前判断の正当性を論証できると考えております。二元的人的不法論の見地から、事前判断の正当性を、わたくしは、次のように論拠づけております。刑法規範は、第一次的には「行為」規範として作用すると考えられます。たしかに、違法性の次元において、刑法は「評価」規範の機能をもっておりますが、しかし、その評価というものは、「行為」に対する評価を意味するのであります。ある「行為」が、外形上、「法益侵害」の結

果を生じさせていても、実質的にも「許されない利益侵害」といえるかどうかの判断が必要とされなければなりません。

そのような「違法評価」は行為者の「主観」を抜きにしては考えられないのであります。具体的状況下における「行為」に対する「無価値」判断が違法性であります。一般人に対してこの「評価」を提示しますのは、刑法が一般人を名宛人とする「行為規範」であるからなのであります。

このように、違法性判断におきましても、一般人を対象とする「行為」規範という性格が重要な意味をもちますので、行為時における行為者の「主観」を重視すべきこととなります。この点におきまして、「人的」不法論の立場が明確に現れるのであります。ただし、ここにおきましては、一般人の見地が介入してきますので、純粹に行為者だけの「主観」を問題にしているわけではないことに注意する必要があります。一般人の見地を導入することによって、違法性の「客観性」は維持されているといえます。このようして、違法性の存否は、行為「時」を基準にして判断されなければならぬこととなります。

ただし、二元的不法論の立場に立ちながらも、行為無価値については事前判断を要求し、結果無価値については事

後判断を要求する見解も主張されています。刑法規範についての独自の理解を前提にし、行為無価値は「行為規範」に関係し、結果無価値は「制裁規範」に関係することから、右の結論が導き出されているのであります。部分的ではあるにしても、違法性判断が事前的観点からなされるべきであることをみとめる点におきまして、この主張は、二元的人的不法論の見地から事前判断を要求するわたくしの立場に接近するものにほかなりません。

従来、疑問の余地がないと考えられてきた「事後判断」の正当性も、人的不法論の見地から反省を迫られ、動搖を余儀なくされています。今後、この問題は、さらに論議されることになると思われます。

次に、行為無価値論・結果無価値論と刑法の倫理化の関係について触れておくことにします。

従来、「行為無価値論・人的不法論は刑法の倫理化をもたらし、結果無価値論・物的不法論は刑法の没倫理化をもたらす」と図式的に説明されてきました。しかし、最近では、この図式を否定する立場が通説となっております。たしかに、行為無価値論を提唱したヴェルツェルは、違法性論において刑法の倫理化を強調いたしました。これは厳然たる

事実です。しかし、これは、ヴェルツェルが刑法と倫理との関係について、刑法は倫理を維持する任務をもっていると解したという歴史的偶然に由来するのです。刑法の任務を法益の保全（価値秩序の保全）に限定することは、行為無価値論の見地からも主張できません。逆に、結果無価値論をとったうえで、刑法の倫理化を主張することもできません。不法論と刑法の倫理化についてのこの結びつきは論者の立場によつて異なりうるものであって、必然的なものではありません。これは、倫理責任における動機主義と結果主義の対立の投影であつて、けつして行為無価値論と結果無価値論との対立に由来する「実質的違法性」をめぐる固有の問題ではないのであります。わが国の行為無価値論・人的不法論は、法益侵害の側面をも考慮に入れておりますから、刑法の倫理化を強調するものであると一方的に決めつけてはならないでしょう。

4 責任の基礎をめぐる——非決定論と決定論

非決定論とは、人間の意思は因果の法則に支配されることなく新たに因果の系列を開始できるとする立場をいいます。

す。これは意思自由論とも称されます。これに対して決定論とは、人間の意思は因果の法則に支配されるとする立場をいいます。これは意思決定論とも称されます。責任の基礎づけに関して、後期古典学派は、非決定論を基礎として、自由な意思に基づいて適法行為を行うことができたにもかかわらず、あえて違法行為に出た点に「責任」の根拠を求めます。これに対して、近代学派は、素質と環境によつて決定された人間の必然的行為である犯罪行為は行為者の社会的危険性を徴表するものであり、そのような社会的危険性を有する者が社会から防衛処分を受けべき地位が「責任」にはかならないと解するのであります。現在、非決定論は、相対的意思自由論として主張されておりましたが、人間の意思は素質と環境によつて制約されながらも、みずから自由に決定する能力を有するとされております。これに対して、決定論は、やわらかな決定論として主張されておりましたが、人間の意思は因果法則によつて支配されることが、意味または価値によつて決定される可能性をもっており、その可能性こそが意思の自由にほかならないとされております。

人間は素質と環境の制約のもとに行動しているのであり

ますから、絶対的自由意思論は妥当ではないと思います。人間は、素質と環境に決定されながら、理性をそなえた存在として因果的な決定要因を目的・価値の追求に向けて主体的に統制することができると解されますから、決定論も妥当ではありません。相対的自由意思論の立場が妥当であると、わたくしは考えております。ところが、この立場に對しましては、その主張する主体性ないし自由意思の存在は証明できないとの批判が加えられております。しかし、このような批判に對して、相対的意思自由論の側からは、次のような反論がなされているのであります。すなわち、人間は、決定されながらも必ずから決定しているという「自由の意識」をもっており、この「自由の意識」のもとに自己の行動に對する責任を自覚するからこそ社会秩序が保たれているのであります。非決定論は、たしかに、自然科学的な意味での完全な実証性をもっていませんが、しかし、一般の確信に基づいている分だけ決定論よりも科学性を備えているといえます。この反論は妥当であるといえるでしょう。このようにして、責任は、人間は素質と環境とによつて決定されながら主体的に自己を決定する自由意思を有すると解する相対的意思自由論を基礎にして理解されるべき

であると思います。

相対的意思自由論を前提にしたうえで、刑事責任の構造について考えることにしましょう。責任の本質の捉え方として、かつて心理的責任論が有力でした。これは、法的責任の内容として、故意・過失の心理状態、とくに認識的側面に決定的意味をもたせる立場であります。たしかに、故意・過失に心理的要素が存在することは否定できませんが、しかし、「法」的責任の観点からしますと、故意・過失の「規範的」側面の方が重要なのであります。責任を基礎づけるものは、単なる事実としての心理現象ではなくて、あくまでも「規範」との関連で意味をもつ事態でなければなりません。この観点から主張されたのが規範的責任論であり、わたくしもこの立場に立つております。規範的責任論が通説の見解となつておりますが、伝統的故意・過失概念を前提にしたうえで、心理的責任論の再生を試みる見解も主張されています。これは、物的不法論を徹底させて、主観的要素をすべて責任論の次元に属させることによつて行為者の人権・自由をより強力に保護するという実践的な目的をもつて主張されているのであります。つまり、事実的故意を構成要件ないし違法性の次元で論じますと、刑法の適用

論・認定論の見地から不都合が生ずるとして、これを責任論に属させようとするのです。しかし、そのような不都合は、不当な前提をみとめることよって生じた結論にすぎません。すなわち、事実的故意を構成要件ないし違法性の要素とするか、それとも責任の要素とするかによつて、行為者の人権・自由の保障の程度に違いは生じないのであります。わたくしは、規範的責任論の見地から、故意・過失の心理的事実ではなくて、行為者がもっている「法敵対性」の程度の問題として捉え直すべきであると考えております。すなわち、わたくしは、責任の実質を端的に示すものとして「法敵対性」の觀念の再評価を提唱してあるのであります。この見地からは、故意行為は、事実的故意をもつて、あえて違法行為に出たことによつて「法敵対性」の程度が高いので、その分だけ過失行為よりも重い規範的責任としての社会的「非難」を加えられることになるのであります。このようにして、かつてメツガーが制限的「故意」説を基礎づけるために主張した「法敵対性」の觀念は、人的不法論の見地から規範的「責任」そのものを基礎づけるものとして捉え直すべきであると考えているのであります。

5 中止未遂の法的性格をめぐつて

——二元的人的不法論からの基礎づけ

中止未遂の法的性格をめぐつて古くから争いがあります。そして今、また新たに論争的的となつています。その理由はどこにあるのでしょうか。

中止未遂は、行為者が「自己の意思」によつて犯行をやめることをいいますが、刑が必ず減輕または免除されることになつていきます(刑法四三三条但書)。行為者の意思とかわりなく結果が発生しない障害未遂のばあい、その刑は任意的減輕にとどまります(四三三条本文)。中止未遂は、みずからの意思によつて犯行をやめて結果を発生させないのでありますから、障害未遂よりも寛大に扱われるのは当然でしょう。問題は、中止未遂を優遇する根拠を刑法理論上、どのように説明するのかわかるといふことであり、それは、中止未遂の法的性格をどのように解するのか、という問題に還元されます。中止未遂における「自己の意思」を、犯罪論体系上、どこに位置づけ、その内容をどのように解するのか、ということが、問題の核心をなしており、さらにこれが要件論に影響を及ぼします。成立要件として①中止行為

②中止の任意性があります。問題の根源は、①「客観的なものは違法性へ、主観的なものは責任へ」というテーゼと②「違法性は連带的に、責任は個別的に」というテーゼを厳格に維持すべきと考えるか否かという理論的対立にあると、わたくしは考えております。この二つのテーゼを貫徹しますと、中止未遂における「自己の意思」という「主観的」要素は、責任要素とされ、その観点から要件論を吟味していけばよいこととなります。しかし、最近では、この二つのテーゼには疑問が提起されています。わたくし自身、その疑問を提起している者の一人であります。

学説の状況につきましては、ここでは大筋を述べるにとどめておくことにします。従来の通説が、中止未遂の法的性格を「責任減少」事由と解してきたのは、根底において、二つのテーゼを当然視してきたからであります。しかし、未遂犯における故意を主観的違法要素と解する立場に立ちますと、「自己の意思」による中止行為は故意の放棄ですから、その点で違法性の減少がみとめられうることになりません。主観的違法要素としての故意が放棄された限度において違法性の減少が肯定されうるとしても、それは、あくまでもその限度においていえることでありまして、中止

行為に「任意性」が要求される根拠は説明できません。つまり、任意性の有無は、故意の放棄それ自体に決定的な差を生じさせないのであります。にもかかわらず、任意性を要求するのであれば、政策的理由をもち出さざるをえないでしょう。違法性減少説が刑事政策説の立場を払拭できない理論上の理由は、まさしくここにあるといえます。

そこで、違法性の減少をみとめつつ、なお任意性の要件を合理的に説明しようとする見解は、責任減少説との併用を説くこととなります。この点につき種々の見解が主張されてはいますが、わたくしの見解を述べておくにとどめておきます。中止未遂のばあい、ひとたび違反した法規範にふたたび合致しようとする行為者の態度の中に、「法敵対性」の減少がみとめられ、その分だけ責任非難の減少がみとめられるのであります。その際、「任意に」なされた中止行為があつて初めて責任非難は減少することに注意しなければなりません。任意性は、法的責任の減少という観点から考えますと、悔悟などの倫理的要素を必要とせず、自発性を意味すると解すべきであります。実行未遂（終了未遂）において中止行為の真摯性が一般に要求されていますが、これは自発性の発現態様と解されるべきであると思ひます。

従来、中止未遂の違法性減少をみとめるのは二つ目のテーゼに違反すると批判されてきましたが、しかし、現在では、二元的人的不法論の見地から、共犯における違法性の相対性を肯定する立場が有力になっておりまして、二つ目のテーゼ自体に重大な疑問が投げかけられているのであります。今後、この観点からさらに議論が深化される必要があるといえるでしょう。

なお、判例は、中止未遂の法的性格から演繹的に考察するのではなくて、要件論において個別的に処理するという立場に立っております。着手中止と実行中止とを区別し、前者は実行行為の不作為で足りるのに対して、後者は結果発生を防止する真摯な作為を必要としています⁽³⁾。この見地においては実行行為の終了時期が重要な意味をもちますので、この点に関する判例の動向が注目されます⁽⁴⁾。任意性に関し、大審院および最高裁の判例においてこれを肯定したものはありませんでしたが、下級審判例の中にこれを肯定するものが現れてきており、今後の発展が期待されます⁽⁵⁾。

6 不能犯の理解をめぐる——絶対不能・相対不能説と具体的危険説との対立と不法論

犯罪の実行に着手した外観は呈しますが、行為の性質上構成要件の内容を実現する可能性（危険性）がない場合、不能犯として不可罰とされます。その危険性の判断をめぐる絶対不能・相対不能説と具体的危険説が対立しています。

絶対（的）不能・相対（的）不能説（古い客観説）は、客観主義を基礎としており、客体および手段に抽象的・客観的危険が絶対にならない場合（絶対的不能）を不能犯とし、相対的にならない場合（相対的不能）を未遂犯とする立場であります。この説の特徴は、なされた行為を事後的に観察し、行為者の主観を全く排除して、もっぱら行為の客体または手段の性質だけから、結果発生の可能性を判定しようとする点にあります。しかし、何が絶対的か相対的かは、不明確であるとして、一般に否定されてきましたが、判例はこの立場を固守しています⁽⁶⁾。最近、物的不法論を徹底する立場から、この説は再評価されております。すなわち、結果無価値の観点からは、行為者の主観を排除して事後的判断を加

えたうえで、科学法則から見て法益侵害の危険のない行為を処罰すべきではないから、本説が妥当であるとされるわけでありませう。

具体的危険説（新しい客観説）は、客観主義の見地から主張され、行為当時に行為者が認識した事情および一般人にとって予見可能な事情を危険の判断の基礎とし、そのような事情の下に行為がなされたならば、一般人の見地において結果発生の可能性がある場合は未遂、その可能性がない場合は不能犯とする学説で、通説となっています。行為者の予見を考慮しますが行為後の事情を除外し、一般人の危険感を基準とする点で、古い客観説と対照をなしております。

元来、未遂犯は、通常、侵害犯である既遂犯を具体的危険犯としたものと解すべきでありますから、危険性の判断は、具体的事実関係に即してなされるべきであり、事前において一般人の予見可能な事情および行為者が知っていた事情を考慮しなければ、危険の存否を真に判断することはできないはずであります。人的不法論の見地からは、未遂犯における危険概念を正しく理解している具体的危険説が妥当であると思えます。

四 おわりに

共犯論についても、詳しくお話ししたいのですが、お約束の時間が過ぎてしまいましたので、これ位にしておきます。長時間にわたって御清聴いただきまして、本当にありがとうございました。

注

- (1) 本稿は、一九九四年に韓国の江陵大学校（五月三一日）および漢陽大学校（六月二日）においておこなわれた講演速記録に若干の加筆修正をほどこしたものである。当初、韓国の大学校の紀要に掲載する予定であったが、当時、わたくしは法学部の教務主任としてカリキュラム改定に没頭していたため、速記録に手を入れるだけの余裕が精神的にも時間的にもまったくなかったため、延引を重ね、放置したままとなっていた。最近、ようやく多少の余裕ができたので、少し加筆訂正をして本誌に掲載させて戴くことにした次第である。

(2)

「刑法の一部を改正する法律（平成七年法律第九一号）」により刑法典の現代語化ないし平易化が実現した。その経緯・内容・評価などについては、川端「刑法の現代語化について」明治大学法学部資料センター研究・講演資料集第二七号（平成七年・一九九五年）参照。

- (3) 大判昭一二・一二・二四刑集一六卷一七二八頁、大判昭一三・四・一九刑集一七卷三三六頁。
- (4) 東京高判昭六二・七・一六判時一二四七号一四〇頁。
福岡高判昭二九・五・二九高刑判特二六号九三頁、福岡高判昭六一・三・六判時一一九三号一五二頁など。
- (6) 最判昭二五・八・三一刑集四卷九号一五九三頁。