

# 刑法総論の体系

## 目次

### 1 犯罪論体系の基本構想（沢登）

- はしがき  
犯罪論体系の基本構想
- A 「裸の」行為論
  - B 「記述的」構成要件論
  - C 「一般化的」違法論
  - D 「個別化的」責任論
- この違法論に基づく、従来の違法論上の諸矛盾・諸難問の根本的解決
- (一) 因果関係
  - (二) 許された危険
  - (三) 合法的代替行為
  - (四) 不真正不作為犯
  - (五) 適法行為の期待可能性
- 犯罪に対する法的対応方法としての犯罪者処遇の原理

沢  
登  
佳  
人

## はしがき

私の大学教員としての研究は、刑法総論の研究から始まった。最初は、四十歳ぐらいを目標に独創的な総論教科書をいずれ書き上げるつもりで、三十二歳までにひとまず刑法総論の素描を終えた。<sup>(1)</sup>その間、素描が進むにつれ、体系の全体と細部のすべてが、結局、人の自由意思の存在構造をどう捉えるかによって決まること、またしたがって逆に、人の自由意思の存在構造から論理必然的に導かれる刑法学の体系の全体と細部が、無矛盾の緊密な論理的統一体を形造ると同時に、それによって従来の刑法解釈学の諸矛盾・諸難問がスッキリと余す所なく解決されると共に、現行刑法の批判と改革の統一的根本的視点が確立されうるならば、それはその自由意思構造論の真実性の証明であることに気づいた。そこで自由意思の存在構造をより深くより広くより精密に追求しながら、それと同時併行的に、先の体系的素描を肉付けし深め広め精密化して行こうとした。ところが、前者の追求に深入りして行くと探求課題が止め処なく広がり、<sup>(2)</sup>しかも行けば行くほど興味津々で、時々そこから立ち戻って刑法学を見直すと、その都度新しい発見があり、<sup>(3)</sup>古い考えを修正しなければならなくなるので、前者の探究が一応自分の能力の限界と思う所まで行くまでは、到底満足の行く刑法学体系など作れるわけもないと気づいて、当面刑法教科書執筆の目標は取り下げることにした。さらに進むうち、今の刑法と刑法学とは、こうやって次第に形を成して来た、私の考える在るべき刑法および刑法学の体系とは、根本的に違う所が在るから、現行刑法とその既存の解釈学とを一応説明した上でしか自説の展開が許され

ない、今の大学法学部の授業用教科書とするには、私の刑法学の体系的記述は到底不向きだと悟った。また、今の刑法・刑法学を、直接私の体系に基づいて批判し、改善の方法を提案しても、相手にしてもらえないから、今の刑法・刑法学の歴史的淵原・由来・その間の変遷を尋ねて、その中から私の考えの思い至らなかつた所、および私の思想と共鳴する所を見つけて、私の刑法学とその根底を成す自由意思論とを一層充実・発展させると共に、今の刑法・刑法学に対する意義づけと批判とを、その歴史に代弁させようと思ひ立った。他方自由意思の構造研究の方でも、自由意思による文化とその根底に在る思想・哲学ないし世界観の創造の歴史過程を辿って行つたが、その成果ともドッキングさせて本格的に近代刑法・近代法思想の歴史の遡源に着手したのは、ようやく五十歳を過ぎてからであつた。<sup>(5)</sup>さらに、これより先四十六歳から刑法総論を離れて刑事訴訟法の講義を担当することになり、本式にこれを研究してみると、現行刑法と今の刑罰法学とは、今の刑法・刑法学よりさらに一層悲劇的な状況に在ることがわかり、<sup>(6)</sup>こちらは刑法より政治イデオロギー的性格が遙かに露骨だから、理詰め解釈論より歴史的視野からの批判の方が、遙かに重要かつ有効と気づいたので、歴史研究は次第に、刑法・刑法学より刑罰法・刑罰法学の歴史<sup>(7)</sup>そして両者共通の思想的・政治的背景である近代法思想の淵原・由来・沿革<sup>(8)</sup>、それと絡み合いつつ進展する近代法の萌芽・誕生・確立・変遷の歴史へと拡がって行き、今日に至つた。そのため刑罰法研究とは自然疎遠になりがちだったが、思想の創造・発展は雪達磨を転がすようなものだから、他の領域の研究が発展してフト気がつくと、刑法学体系の根本にも枝葉にも、知らぬ間に新しい発見・深まり・見直しが到る処にくっついて来ている。それを、必ずしも刑罰法を主題としない著書・論文<sup>(10)</sup>の到る処で、自由意思自身にほかならぬ世界と人の根本構造より説き起こし、折りに触れて書いて来たので、それら著作をテキストにして刑法の講義をしていたら、昨年ある学生に「先生、刑法の講義をして下さい」と迫られて、

可笑しかったのと同時に反省もした。勉強のやり過ぎで私の刑法学は、専門家にとっても素人にとっても難しくなり過ぎていたのだ。法学の世界から身を退く時機が来たことを知った。でもせっかく勉強して来た成果だから、今年三月を以て大学教員生活と同時に法学研究とも決別するに当たり、その過程の初めと終わりを齊合せたいという気持も何となく手伝って、三十二歳時の体系的素描の骨格をあちこち修正したり肉付けに手を加えたりして、改めて現段階における刑法総論体系の素描をしてみようと思ひ立った。それが本稿であるが、終わってみると、骨子はほとんど前のものと変わっていない。四十年間あんなに苦勞して何を勉強して来たのやら。要するに頭が悪かったのか、それともヒョットしたら若い頃の着想が天才的閃きか神の啓示でもあったのだろうか。どっちでもいいから、とにかく誰か一人でも、将来の有る刑法研究者がこれを読んで、刑法学は、行為時において「何をなすべきか」についての行為者と刑法との価値判断の一致・不一致の論理構造と、両者が一致しなかった場合そのことから論理必然的に導き出される所の、「犯罪者を如何に処遇すべきか」を含む刑法のなすべき法的対犯罪処置とを、研究する学問である、という私の考えから、何かを汲み取って頂けるなら、幸いである。

- (1) 『故意過失概念の新構成』(郁文堂、一九五六年三月)。「犯罪論における行為概念の存在論的構成」(中京大学論叢五卷一号、一九五八年六月)。「規範の存在構造と犯罪論の体系」(中京大学論叢五卷四号、一九五九年二月)。「違法責任理論の新構成」(中京大学論叢六卷一号、一九五九年六月)。「応報の論理」(中京商学論叢、一九五九年二月)。「法の存在の二重性による客観的違法の基礎づけに関する一試論」(『西山先生古稀記念法政論文集』、中京大学学術研究会、一九六二年三月)。
- (2) 「自由意思の科学的基礎」(中京商学論叢一二卷二号、一九六五年七月)。「自由意思の哲學的基礎」(中京法学一卷一号、一九六七年)。「存在と文化、第一卷、自由意思の基本構造」(風媒社、一九七一年四月)。「存在と文化、第二卷、社会史の法則」

- (風媒社、一九七一年四月)。「存在と文化、第三卷、存在の諸次元と文化の諸相」(風媒社、一九七一年四月)。
- (3) 『性倒錯の世界』(荒地出版社、一九六七年二月)。「すべての過失は認識ある過失である」(『刑法と科学、法律編』、有斐閣、一九七一年四月)。「刑事法における人間の虚像と実像」(大成出版社、一九七六年二月)。「違法性は行為無価値でも結果無価値でもなく、体制関係の無価値である」(『現代の刑事法学(上)』、有斐閣、一九七七年七月)。「刑罰権否定の法理」(刑法雑誌二五卷一号、一九八二年一〇月)。「刑法学の虚像と実像」(『ぼくたちの犯罪論』、白順社、一九九三年八月)。「M・E・マイヤー研究」(白鷗法学三号、一九九五年二月)。「M・E・マイヤー研究(続・完)」(白鷗法学四号、一九九五年九月)。
- (4) 前掲注(2)の『存在と文化』第二卷および三卷。『権力止揚論』(大成出版社、一九八一年四月)。
- (5) 「ドイツ近代犯罪論体系の史的変遷」(法政理論一四卷二号、一九八一年二月)。「仏独近代刑罰権理念史序説(一)」(法政理論一四卷三号、一九八二年三月)。
- (6) 「伝聞法則とその例外規定との、および刑事訴訟法三二八条の新解釈、「全訴訟関係人を人格として取り扱え」「疑わしきは罰せず」の法理を証拠法に貫徹する道」(法政理論九卷三号、一九七七年三月)。「訴因と公訴事実とは同じ物である、公訴事実同一の範囲と一事不再理の効力の及ぶ範囲とは異なる」(法政論集七〇号、一九七七年三月)。「逮捕または勾留中の被疑者の取り調べは許されない」(法政理論一二卷二号、一九七九年一月)。「憲法・刑事訴訟法英文によれば、検察・警察の取調を受けるとき、被疑者は弁護士につきそい援助を求める権利を有する」(法政理論一五卷二号、一九八三年一月)。「フランス陪審制度に見る近代刑事訴訟法の真髓と陪審なきわが法の惨状」(自由と正義三五卷一三号、一九八四年二月)。「死刑囚の時効について——平沢貞通の人身保護請求事件の顛末と批評(一)、(二)」(法政理論一八卷二号、三号、一九八五年九月、十二月)。「明治治罪法の精神」(法政理論一九卷三号、一九八七年二月)。「監獄はなぜ存在するのか」(法学セミナー増刊・総合特集シリーズ41『監獄の現在』、一九八八年一月)。「なぜ今、陪審なのか」(月刊タイムズ89.12、一九八九年一月)。「陪審裁判の基礎知識」(新潟陪審友の会『陪審裁判(試案・解説・資料)』、一九九〇年一月。同『市民の手に裁判を』、尚学社、一九九八年一月)。
- (7) 「フランス刑事訴訟法は、検察官と私訴原告人との協同による公衆訴追主義を採る」(法政理論一六卷一号、一九八三年一〇月)。

「フランス刑事訴訟法における「判決手続と訴追・予審との機能分離の原則」と「陪審制度・自由心証主義および口頭弁論主義の一体不可分性」」(法政理論一六卷二号、一九八四年一月)。「フランスの「人民代表訴追」とイギリスの「一般市民訴追」——捜査権強化と機能分離との調和」(法政理論一六卷三号、一九八四年三月)。「近代刑事法の真髓デュポール報告について」(法政理論一七卷三号、一九八四年二月)。「明治治罪法の精神」(法政理論一九卷三号、一九八七年二月)。「一七八九年人権宣言に見る近代刑事法の初心」(法政論集二二三号、一九八八年一月)。「フランス革命と近代刑事法」(法律時報六一卷八号、一九八九年七月)。「陪審裁判の基礎知識」(新潟陪審友の会『陪審裁判(試案・解説・資料)』、一九九〇年一月。同『市民の手に裁判を』、尚学社、一九九八年一月)。

(8) 「ルソー『社会契約論初稿』第一卷第一〜二章(翻訳)」(法政理論九卷一号、一九七六年八月)。注(5)所引『権力止揚論』。「フランス大革命期公教育立法法の展開」(白鷗法学二号、一九九四年九月)。「トマス・アクィナスの所有権論と人民主権論」(白鷗法学創刊号、一九九四年四月)。

(9) 「邦訳・大革命期フランスの刑事訴訟立法、その一、その二(一)(二)(三)、その三」(法政理論、一七卷一・二号、四号、一八卷一号、二号、三号、一九八四年九月、一九八五年三月、七月、九月、十二月)。「近代刑事法の真髓デュポール報告について」(法政理論一七卷三号、一九八四年二月)。「フランス一七九一年刑法草案に関するルペルチエ報告」(法政理論一八卷四号、一九八六年三月)。「一七八九年人権宣言の罪刑法定主義は裁判官の罪刑専断防止を目的とてはいなかった、全三部」(法政理論一八卷四号、一九九一年七月、一〇月)。「フランス革命と近代刑事法の理念」(『近代刑事法の理念と現実』立花書房、一九九一年三月)。「一七八九年フランス国民議会八月四日夜の会議議事録」(法政理論二五卷一号、一九九二年九月)。「デュポールの人権宣言および憲法原理草案」(白鷗法学創刊号、一九九四年四月)。「アドリアン・デュポール」(『刑事法学の総合的検討(上)』有斐閣、一九九三年九月)。「フランス大革命期公教育立法法の展開」(白鷗法学二号、一九九四年九月)。

(10) 特に、前掲注(4)の『権力止揚論』。『宇宙超出論』(白順社、一九九〇年九月)五六〜一四四頁。『宇宙超出への道』(白順社、一九九二年一月)。

## 犯罪論体系の基本構想

犯罪論は、法成員の現実的行為に対する刑法規範の不当為評価、すなわち法規範が「(汝)なすべし」と評価する行為を法成員が「(我)なさざるべし」と評価してなす、法規範が「なさざるべし」と評価する行為を法成員が「なすべし」と評価してなしたとする、法規範の判断の存在構造を明らかにする学問である。「なすべし」と評価して、「なす」、「なさざるべし」と評価して「なす」が、人の理知的 $\parallel$ 自由意思的行為にはかならないから、このような不当為評価は、評価対象たる法成員の現実になした理知的 $\parallel$ 自由意思的行為(a)と、その行為がなされた時および場所において仮りに現実になされると刑法規範によって仮定されるその法成員の理知的 $\parallel$ 自由意思的行為(b)とが、論理的に両立不可能な関係に在ることを意味している。<sup>(1)</sup>

論理的に両立不可能とは、簡単に言えば、両者が同じでないということであり、同じでないとは一致しないことであり、何が一致しないかと言うと、理知的 $\parallel$ 自由意思的行為は当為・不当為評価すなわち価値判断であるから、両者の価値判断が一は現実の判断、他は仮定上の判断だという点を除いて一致しないということである。しかるに、同じでない行為が、同じ時および場所において存在することは、論理的に不可能である(なぜなら、人の物質的身体は、光の素粒子などと異り、同時に同じ場所には一個しか存在しえない電子や陽子などによって作られているから)。それゆえ、一方が存在しようとするれば他方を否定しなければならない。そこで刑法は、自己を存在させるために、法成員が現実になすべ

しと評価してなした行為を否定する。これが、その行為を不当為 $\parallel$ なさざるべし $\parallel$ なすべからずとする「犯罪評価」である。しかし、口惜しいけれど、刑法がなすべしとした行為は、その時その場所に現実存在する行為ではなく、存在すると仮定した行為である。だから、現実になされた行為を現実否定することはできない。ただ仮定上否定すること、現実否定したものと同定することができるだけである。つまり犯罪評価は、法成員の現実になした行為に対する仮定不当判断である。

ところで、現実を否定する仮定判断には必ずその帰結の判断が伴なう。仮定事実判断では、このことは誰でも知っている。「もしあの時彼があの子を殺さなければ」には「今頃あの子は東大を出て大蔵省の役人にでもなっていたらうに」という親の愚痴が伴なう。では、「あの時彼はあの子を殺さざるべきだったならば」(犯罪評価をハッキリした仮定判断の形で表わすところなる)という法の仮定判断には、どんな帰結の判断が伴なうのだろうか。まず民法の場合は、可能なら原状恢復を望んで、「彼はあの子を生き返らせるべきである」という仮言的価値判断を帰結とする、すなわち、彼にあの子を生き返らせることを命ずる。しかしそれはできない相談だから、生き返らせる、つまり命を返す代わりに、あの子が稼いだとしたら得べかりし利益、さらにその利益をお金に換算して、平均年齢まで生き続けるとしたらあの子が稼いだであろう額のお金を返すべきである、という帰結の仮言的価値判断を下す、すなわち、その額の損害賠償を命ずる。

しかし、刑法の場合はそれでは帰結にならない。民法は、原告である被害者に満足を与えることだけ考えればよいのだから、これで充分だ。しかし刑法は、犯罪の後始末ではなくて、社会公共のために(その意味は後の違法論のなかで詳しく説明する)犯罪そのものをさせてはならないのだから、被害の否定ではなくて、あくまでも犯罪行為そのものの



否定にこだわる。刑法はこう考える。彼があの時あの子を殺すべきでなかった（にもかかわらず現実には殺してしまつた）とするならば、彼は今、今のような彼であるべきではない。なぜなら、人のなすことは、その都度その人の人格に帰属し彼の人格を形造つてゆく。あの子を殺した行為は、あの時直ちに彼の人格の一部となり、その後もずっと彼の人格を形造る要因、しかも疑う余地なく最も重要な要因の一つとして働いて来たはずだ。それゆえ、もし彼があの時あの子を殺さなかつたならば、彼は今と全く異なる人格を形造つていたはずだ。したがって、もし彼があの時あの子を殺すべきでなかつたとすれば、彼は今、今のような人格の彼であるべきではない。今の彼のまま放つておくべきではない。何とかすべきである。

今のまま放つておくべきではない。これは太古から現代まで、あらゆる社会で、人々が当然のこととして考え続けて来たことである。では何とすべきか。昔の人は単純にこう考えた。今の人格の彼であることを今やめよ、と言つたところで、今の彼は今の人格の彼でしかありえない、つまり別の人格として存在することはできないのだから、今の人格の彼であることをやめさせるには彼の存在そのものを抹殺するしかない。そして抹殺するには、殺すか（生物学的抹殺）、追放するか（社会的抹殺）、奴隷にするか（法的抹殺）しかない。

この考え方からすると、何も人殺しのような重罪でなくても、例えば少額の金品の窃盗のように、直接の被害は小さくても、その種の行為を一般に放置すればすべての人々の生活の基盤である私有財産制度が崩壊してしまうというような理由で、つまり社会公共のために、絶対にさせてはならぬ犯罪を行なつた者は、容赦なく抹殺刑に処すべきである。フランスでは大革命まで、主人の何枚かの衣類をくすねる下僕、垣根を壊して家宅内に忍び込む男は殺人犯と同じように、死刑や流刑（漕役刑のように死に至る強制労働を伴う）や農奴身分に墮とす刑に処せられるのが原則だったし、

わが国でも江戸時代まで、常習窃盗犯や主人の金品を横領・窃盗した奉公人は、原則として殺人犯同様、死刑や流刑や非人身分に墮とす刑（後二者いずれも過酷な強制労働を伴う）に処されたのは、このためである。しかし文明が進むにつれ、それでは却って「顔を見られたら証拠湮滅のために見た人を殺せ、殺しても殺さなくても死刑に変わりないのなら」と殺人を助長することに人々が気づき、また人情が穏和になって、死刑になっては可哀そうだからと、召使や知人の犯罪を訴えずに遠隔地に追い遣って事を済ませるために、他所者の犯罪が増えてくることに気づくようになる、直接被害の小さい犯罪は、それに応じて刑を軽くすべきだ、という考えが広まる。

その考えの根拠はこうである。犯罪は否定すべきだから、現行犯は物理的にこれを阻止すべきであるが、犯されたときの被害の大小に応じて、阻止のために取るべき手段にも強弱があるべきだ。例えば、人を殺そうとするやつは殺して当然だが、簞笥から衣類をくすねようとする召使の犯行を阻止するには、取り押さえるか追い払うかするための力の行使は善いが、殺すべきではなく、したがって殺せば過剰防衛として犯罪とすべきである。そうであるならば、実行の時点では犯罪を阻止、つまり否定できず、今になって犯罪者の人格を否定すべきだとするならば、その否定のために用いるべき手段の強弱は、現行犯の否定、つまり阻止のために用いるべき手段の強弱に比例すべきである。これがすなわち近代的応報刑思想であって、前近代法の主流であった抹殺刑主義に代わって一九世紀以降近代刑法思想の主流となるに至ったものであるが、実は、古くはタリオ（同害刑）のように形こそ違え、太古以来綿々として、実定刑法の抹殺刑主義を陰に陽に牽制し抑制する働きをして来たのである。

犯罪には刑罰、ということが、極く最近まで何びとも疑いえない当然の理とされ、正義のシンボルとまでされて来たのは（正義の女神像は、情に動かされぬよう目隠しをして、罪と罰とを乗せ分けて水平になった天秤を捧げる姿で表わされる）、現

実に反する仮定判断には必ずそれに対応する帰結判断が伴わねばならず、そして両判断を論理的に結びつける糸は、犯罪時以後死に至るまでの犯罪者の人格的同一性に在るといふ、この信念が基づく所の二つの根拠が、動かぬ真理だったからである。しかし、にもかかわらず同時に人々は、そこから刑罰すなわち犯罪者人格の否定を導く論理のどこかに、何かわからぬが無理のあることを、感じ取っていた。贖罪、魂の浄化・救済、一般予防、特別予防、公権力による私的復讐の代行、法の権威の擁護、等々の刑罰の理論的根拠が、各時代を代表する哲学者・神学者によって考案されて来たのは、この無理を補って安心したい欲求からであったが、いずれも肝心の上記二真理から正しく演繹しようとするのではなく、これと別個無関係のテーゼから演繹したために、一面的な説得力しか持たないものとならざるを得なかった。

では真の解決の道はどこに在るのか。この問題は、犯罪論体系を論じた後で、刑罰に代わる新しい、犯罪に対する法的対応方法の探究として論ずることにし、ここでは、現実になされた行為（a）と、刑法がその時その場所で行者がなすべきであったとする仮定的行為（b）との不一致——論理的両立不可能が、犯罪評価の実体であることを、その評価の構造から刑罰を導き出して来た従来の刑法の論理の確認によって裏から確認したことで満足するとしよう。さて、このように犯罪評価は（a）と（b）との不一致——論理的両立不可能であるから、犯罪論は、大別して、（a）の存在構造を明らかにする部分と、（b）の存在構造を明らかにする部分との二つから成る。両行為の存在構造が明らかになれば、どんな条件のもとで両行為が論理的に両立不可能なのか、すなわち、行為が犯罪であるための客観的諸条件したがって犯罪評価の規準の如何なるものであるかが、おのずと明らかになる。ところで、（a）の存在構造論はさらに「裸の」行為論と「記述的」構成要件論とに分かれ、（b）の存在構造論はさらに「一般化的」違

法論と「個別化的」責任論とに分かれる。古典的犯罪論における四つの基本的区分は、ここにその基礎を与えられる。

(1) 法規範が法成員に対して「なすべし」「なさざるべし」と評価する行為、言い換えれば「命令する」「禁止する」行為が、その法成員の現実になすと仮定された行為にはかならないことは、次の例で善くわかる。教師が生徒に宿題を出して「帰宅後解答を作成すべし」と命令したとする。この命令は、生徒の帰宅後解答を作成し終えるまで一瞬の休みも無く、生徒の行為に対して妥当する評価、詳言すれば「帰宅後解答を作成する」という仮定された行為に対する仮定的当為評価、その反面としての「帰宅後解答を作成しない」という仮定された行為に対する仮定的不当為評価であって、教師がその言葉を発したその時その場所において、かつその時その場所においてのみ、生徒のその時その場所の現実的行為に対して、かつその行為に対してのみ、妥当する現実の評価ではない。その証拠に、生徒が帰宅後宿題の解答に取り組んでいる時、彼は「今僕は先生の命令に従って宿題をやっているんだ」と思っているが、その時現実の先生自身は、宿題を出したことなんか全く忘れて恋人と楽しくデート中かもしれないのである。つまりこの時、生徒がそれに従っている命令の主体としての先生そのものが、すでに現実の先生とは全く別個の仮定された存在なのである。

A 「裸の」行為論——(a)と(b)とは、現実の存在と仮定された存在との別はあれ、どちらも人の理知的自由意思的行為であることに変わりはない。しかも、同じ時同じ場所で行う行為および行うと仮定される行為である。したがって、両者を比較し論理的な両立可能性の存否を判断するためには、それに先立って人の理知的自由意思的行為一般の存在論的構造を明らかにしておくことが、必要不可欠である。この意味で、法的评价が付着する以前の「裸の」行為論は、全犯罪論の普遍的基礎である。

実を言うと、理知的と本能知的とを総合する自由意思的行為の存在論的構造の解明は、これを徹底すれば結局、万人・万生物・万物質を包括する全存在、言い換えれば万自然と万文明との全体構造の解明に直結するものであり、私の生涯の思索は、当初全犯罪論の普遍的基礎としてその解明を試みたことに始まって、いつしかこの最終到達点に導かれたわけであるが、そこから出発点に立ち還って、全犯罪論の普遍的基礎として必要充分な「裸の」行為の存在構造を記述すれば、次のようになる。すなわち、「人の理知的自由意思的な行為とは、その人自身が過去になした理知的自由意思的行為の体験の統一の意味連関を意識野に召喚し（＝想起し）これを参照することにより、未来の物質世界の中で彼自身の身体が取りうるさまざまな行態を認識すると共に、そのそれぞれによって惹起されるであろうそれぞれの結果を予測し、かつその予測された結果の価値を比較衡量して、最も価値が高いと判断する結果を惹起するであろうと予測する行態を選択的に現実化する（＝実行する）ことである。」<sup>(1)</sup>なお、統一の意味連関とは、わかり易く説明すれば、これまでの経験を蓄積したものに工夫を加えて、まとまった思想と生活の知恵に創り直したものである。

このように行為がなされると、その都度それが、その人にとっての、それまで未知だった新たな過去体験となって、それ以前に形成されていた彼の過去体験の統一の意味連関に、新たな要素として付加されることにより、その意味連関を少しずつ、時には革命的に、成長させ発展させる（＝彼の知恵を豊かにする）と同時に、この成長発展した統一の意味連関を参照して（＝豊かになった知恵を用いて）、それまで未来の物質世界の中で取りえなかった新たな行態を取ることにより、それまで惹起しえなかった新たな結果を惹起しうるようになり、その価値をそれまでも惹起可能と予測していた他の諸結果の価値と比較衡量することによって、または成長発展した統一の意味連関を参照して

(— 進歩した思慮分別に基づいて)、惹起可能と予測する諸結果の価値をそれまでよりも高次元に修正された新たな価値観に基づいて比較衡量しなおすことによって、それまでよりも一層豊かな未来の可能性を開拓し、その中から選択してそれまでよりも一層高価値の結果を惹起するであろう行態を現実化する(— より高い価値創造を眼差して行爲する)という、行爲の進歩・発展・自己変革が生じる。私はこれを、理知的自由意思的行爲そのものにほかならない人格が、自己自身を乗り越えて新たな自己として生まれ出る営爲という意味で、「自己超出」と呼んできた。理知的自由意思的行爲の存在構造の全体的記述は、先の記述にさらに、この自己超出の構造に関する記述を付加することにより完成する。但し、自己超出の構造は、前述の刑罰論の難点を克服しうる、犯罪に対する法的対応方法を探求するときに、思い出してもらふことになるが、犯罪論ではさし当たり考慮の外に置いてよい。

B 「記述的」構成要件論——犯罪評価の対象となる現実的行爲(a)は、対象とならない行爲から区別されるために必要充分な特徴によって特殊化されることを要する。そしてこの特徴は、刑罰法規の前半に「犯罪構成要件(— 罪体)」として示されている。この特徴を具備した行爲、すなわち「構成要件に該当する(— 罪体を充足する)」行爲だけが犯罪評価の対象たりうる。これは近代的「罪刑法定主義」の要請である。

近代的罪刑法定主義の祖型したがって初心は、一七八九年フランス人権宣言の第四条と第五条(犯罪の法定)と第八条(刑罰の法定)に表現されている<sup>1)</sup>。前者によれば、各個人の人権の行使には、他の人権を侵害してはならないという限界があり、その限界は一般意思(— 万人に平等に人権を保障しようとする万人が斉しく持つ意思)の表現である法律のみが定めることができる。(以上第四条)法律は社会に害ある行爲すなわち直接人権(宣言第二条によれ

ば、自由、所有、安全および圧制への抵抗）を侵害する行為および人権の平等保障の妨げとなる行為をしか禁止しえず、何びとも法律により禁止または命令されない行為をなしたはなさないように強制されえない。（以上第五条）

このことから、近代的犯罪法定主義には、実質的と形式的との二義のあることがわかる。<sup>(2)</sup> 第一に、実質的意義として、法律により、かつ法律のみによって禁止され処罰される行為は、直接人権を侵害する本来の犯罪（フランス法では crime。日本では重罪と訳されている。）および直接には人権を侵害しないので本来の犯罪ではないが、人権の平等保障の妨げとなるので禁止される法律違反（フランス法では délit。日本では軽罪と訳されている。）および法律妨害（フランス法では contravention。日本では違警罪と訳されている。軽犯罪もこれに当たる。）に限られ、法律を以てしても、これら以外の行為と行為者を禁止し処罰してはならないこと。欧米法で広く行われている、刑事罰によって制裁される違法行為という意味での広義の犯罪の三区分と、それに対応する刑事手続の違いとの根拠は、これによって与えられる。自然犯と法定犯との区別もそうであって、人権すなわち人の自然権たる自由、所有（財産）、安全（生命と身体の健全と）および圧制への抵抗（人民の一般意思の表現である法律に従って公権力が、人権の平等保障のために正しく行使されている状態）に対する直接的侵害たる本来の犯罪が自然犯、直接には人の自然権を侵害しないが、自然権の平等保障を全からしめるために法律が特別に選んで禁止する行為が非自然犯——法定犯である。

近代的犯罪法定主義の第二の形式的意義は、上記実質的意義の一要素を特にクローズアップしたにすぎないが、自然犯と法定犯とを併せて法律が、「この種の行為は犯罪である」と定めた行為しか犯罪たりえないということである。そして犯罪構成要件とは、法律が犯罪評価の対象と定めた種類の行為をその他の種類の行為から分かつために必要充分な、その種の行為の特徴（欧米前近代法の刑事手続では、学説法と判例法とに定められたこの特徴の全体を「罪体」と呼び、名譽

毀損罪のように本来証言によってしか罪体を確認できない犯罪を除き、原則として物証のみによって罪体の存在を確認した上でなければ、罪状すなわち被告人がその犯罪を実行したことの立証手続に入ることではできなかった。)である。それゆえ、刑罰法規に明定された犯罪構成要件に該当しない行為は絶対に犯罪たりえない。

他方、犯罪構成要件に該当する行為はすべて当然に犯罪であるのではなく、たんに犯罪評価の対象たりうるにすぎない。法律はその文言により、自己が犯罪と評価する行為の種類を、その種の行為が一般に事実として具備する特徴によって指定することはできるが、その種の行為を犯罪とする評価の(結論ではなくて)過程そのものを表現することはできない。したがって、現実になされたある行為がその特徴を具備していたとしても、その行為に対する刑法の評価に限っては、その特徴を具備する種類の行為に対する法律の一般的な犯罪評価過程と同一の評価過程の進行が、その行為の何らかの特殊要素の介在によって妨げられる結果、その行為が犯罪と評価されないという事態が生じうる。

もっとも法律の文言が、あらゆる種類の犯罪について、非犯罪と区別するために必要かつ充分なあらゆる特徴を完全に枚挙するならば、構成要件に該当する行為はすべて当然に犯罪であり、法解釈論としての犯罪論は国語学者に一任すべきものとなるだろう。しかし現実にはそうすることは不可能だし、またそうすべきでもない。ヨーロッパの糾問手続では、犯罪評価の客観性をあまりにも熱心に求めすぎたために、罪体の構成要素の詳密化とその存在を認定するための物証の限定とが極端化した結果、長年高等法院の院長を勤めたモンテスキューでさえ「訴訟手続となると皆目わからなかった」と告白する事態に立ち至り、却って誤判続出の一原因となってしまった。(5)このことへの反省から近代法は、一般の理解とは逆に、前近代法よりも罪体 || 構成要件をずっと一般的な形で、しかも大雑把に定め、それに該当する現実の個々具体的な行為に対する犯罪評価を、大幅に陪審員と裁判官との良識に委ねたのである。(6)



近年、違法論や責任論つまり犯罪評価の構造論の中でその一要素として、またはそれと一体のものとして、構成要件を論じたり、あるいは構成要件論の名のもとに違法や責任を論じたりする犯罪論体系が流行しているらしいが、犯罪法定の本旨を解さぬ謬見である。法律の文言は、犯罪評価の対象とされるべき行為の種類を、対象とすべきでない行為の種類と区別するために必要充分な、その種の行為が事実として具備する特徴により、したがってかなり一般的に大雑把にのみ、指定することができ、かつ指定すべきであり、したがって構成要件は徹頭徹尾、犯罪と評価される種類の行為の価値関係の特徴ではなくて、犯罪か否かの評価の対象とされるべき種類の行為の没価値的という意味で記述的な事実としての特徴とのみ、解されるべきである。そうでなければ、構成要件は、解釈者の主観的恣意的価値を結び着けられて、日常用語法からかけ離れた刑法独自の意味に、拡張解釈され、遂には類推解釈されるに至り、近代的罪刑法定主義の本旨である人権保障を無効化する恐れがある。

いわゆる規範的構成要件要素についても、事情は変わらない。例えば「猥褻」文書という文言は、事実として日常用語法上猥褻とされている文書、つまり世間で一般に猥褻と評価されている文書を意味し、刑法独自の、そして実質的には裁判官の主観的な価値規準に照らして猥褻と評価される文書を意味しない。もっとも、事実として世間で一般にどう評価されているかの判断は、客観的・明瞭かつ一義的であることが困難な場合が多いから、犯罪法定主義の要請によれば、このような要素はできる限り構成要件に加えるべきでないことは、言うまでもない。

(1) フランス刑法学の通説はこれに近い説明をしており、国民議会における人権宣言の審議における右各条の提案趣旨と採択の経緯に徴しても、この理解が正しい。日独刑法学の通説が、宣言八条を犯罪と刑罰と両者の法定主義の宣言と解し、四条五条を閑却しているのは、謬見である。詳細は、拙論「二七八九年人権宣言の罪刑法定主義は裁判官の罪刑専断防止を目的としてはいなかった・宣言の諸草案および議会審議録からの考察、第二部（『法政理論一九卷一号』一九八六年）」一八六～一九四頁、「同、第三部（同一九卷二号、同年）」一三七～一五五頁、参照。

(2) 右拙論右引用部分参照。

(3) 右拙論第一部（同一八卷四号、同年）六〇～六二頁、参照。

(4) モンテスキウ「わが随想（『世界の名著モンテスキュー』中央公論社、一九七二年）」五七一頁注（4）。

(5) (3) 所引拙論七三頁に引く、モンテスキウ「裁判の公正を論ず（『世界の名著モンテスキュー』）」五七〇頁の文、参照。

(6) 右所引拙論七三、七四頁に引く、ベッカーリア『犯罪と刑罰』およびデュポール「フランス一七九一年刑事訴訟法典の提案趣旨説明（拙訳「近代刑事訴訟法の神髄デュポール報告について（『法政理論一七卷三号』一九八四年）」六四、一二九、一三一、一三六頁の文）参照。

C 「一般化的」違法論——以上のようにしてある現実になされた行為（a）が犯罪構成要件に該当していると判断され、刑法の当為不当為評価（＝犯罪か否かの評価）の対象であることが確認されると、次に、（a）が現実になされた時よび場所においてその行為者がなすべきであった、と刑法が評価する行為（b）が何であるかを認識する段取りになる。それが認識されると、さらに、（a）と（b）とが論理的に両立可能か否かが問われる。そして最後に、その答えが肯定ならば（a）は犯罪ではない、否定ならば犯罪である、という評価が下される。

では刑法は、何を規準にして、その時その場所でその行為者はこういう行為をなすべきであったと評価するのだから

うか。上記犯罪法定主義の本旨から考えても、また日本刑法の場合には人権の平等保障を最高目標として掲げる日本国憲法の精神から見ても、何らかの意味で他者の人権を侵害しまたは人権の平等保障を妨げることにより社会に害を与える行為を「なす・べからず」言い換えれば「なさざる・べし」と評価し、したがって、そういう行為をなさざることを、つまり、そういう行為でない行為を「なす・べし」言い換えれば「なさざる・べからず」と評価することは、間違いない。

ある論者は、そのことだけから直ちに、個々の行為そのものが、直接、他者の人権その他、現行憲法に基づく現行法体制が保障し保護しようとする社会の利益すなわち法益を侵害するならば、刑法はその行為をなすべからず――「違法」と評価するのだ、と考えた。言い換えれば、個々の行為自身の直接惹起する結果が、現行法体制にとって有害という意味で無価値であるならば、その行為は違法だ、というのである。これが、今なおわが刑法学違法論の通説的地位に在る法益侵害説――結果無価値論である。

周知のように、この説には幾多の欠陥が指摘されている。根本的な欠陥は、未遂罪の違法性を基礎づけるために已むを得ず、違法の実質として、法益の現実の侵害――無価値な結果の惹起と並べて、それとは存在の次元を全く異にする法益侵害の危険性――無価値な結果惹起の危険性を加えていることである。その他、後で改めて検討するが、行為と法益侵害結果との間に明らかに事実上の因果関係が存在するにもかかわらず、法律上の特別の因果関係概念を考案することにより、現実の法益侵害――現実の無価値結果惹起の違法性を否定し、時にはその危険性すら否定する、いわゆる因果関係論や、明らかに有責な法益侵害なるにもかかわらず、緊急非難として違法性または責任を阻却する必要上、適法行為の期待可能性なる新概念を思いつき、その不存在を以て阻却の理由としたのは善いが、その

結果かえって、多数の新たな理論的矛盾を生み出してしまった、いわゆる期待可能性理論——規範的責任論などは、要するに、法益侵害説のボロ繕いのために捏造された御都合主義的学説である。

そこで、これらの欠陥を避けるために、違法性の実質は、行為が惹起する結果の無価値ではなくて、行為それ自身の無価値に在ると説く、いわゆる行為無価値論が登場するが、行為無価値の具体的中身を義務違反とする説は、違法を法義務違反と言い換えたトートロジーに過ぎず、行為が成果を欠くこととする説も、所詮行為無価値の言い換えの域を出ない。私が先に述べたように、刑法が「なすべからず」すなわち無価値とする行為は、何らかの意味で、法益を侵害しまたはその平等保障の妨げとなることにより、現行法体制が守ろうとする社会の利益を害する結果を惹起する行為であるから、この結果を全く無視し行為そのものだけを穴の空くほど見つめても、その行為の価値・無価値の中身は決して見つかからないのである。

両説に共通の欠陥は、刑法が、現実になされる個々の行為と、それによって現実に惹起される個々の結果との、両方またはいずれか一方を観察して、直接そこに刑法にとっての価値または無価値を見出し、それに基づいてその行為をそれぞれ適法または違法と評価するのだ、と考えたことに在る。このとき論者は、刑法が、「規範」すなわち「一定の種類に属するすべての行為に対して、同じ価値判断形式を以て妥当する命令（という種類の評価）」であることを忘れてい<sup>(1)</sup>る。

右の命題を法規範に即して言い直せば、それは、「その名宛人たるすべての法成員がなす、一定の種類に属するすべての行為に対して、同じ価値判断形式を以て妥当する命令」だということになる。例えば、わが刑法一九九条が明白に不文の前提としている「人を殺す・べからず」人を殺さざる・べし」という命令は、刑法の適用を受けるすべて

の法成員の、「人を殺そうとすれば殺すことの出来る状況のもとでなす行為」という種類に属するすべての行為に対し、同じ「人を殺すべからず」すなわち「人を殺すことは不当為無価値違法である」、その反面として同じ「人を殺さざるべし」すなわち「人を殺さないことは当為価値適法である」という価値判断形式を以て妥当する命令である。なぜなら、法の使命とする所は、各法規範が、多数の、時として何百万、何千万、何億の法成員を、只一個の同じ行為評価に従って行為させることにより、それら法成員の各種かつ無数の行為を、当該法体制が目指す社会状態、日本国憲法に基づくわが国の現行法体制においてはそのもとに在るすべての法成員の人権が平等に保障されている社会状態の実現のために、互いに協力し合う関係で結合するように導くことに在るから。

そしてそうである以上法規範の行為評価は、現実になされた個々の行為を直接対象とする場合であっても、その行為により直接現実に惹起された結果の価値無価値に基づいてなされるのではなく、またなされるべきでもなくて、その行為と同じ種類に属するすべての行為が自由になすことを許されたならば（当為適法とされたならば）、それらがそれら同士および他の種類の適法としてなされている諸行為と如何なる関係で結びついて、現行法体制が目指す社会状態の実現に対して価値的に如何なるプラスまたはマイナスの影響を及ぼすか、逆にその行為と同じ種類に属するすべての行為がなすことを禁止されたならば（不当為違法とされたならば）、そのなされないことによってそれが自由になされた場合と比較して、現行法体制が目指す社会状態の実現に対して価値的に如何なるプラスまたはマイナスの影響が生じるかを、プラスとマイナスの両面に亘り比較衡量し、もし前者の方が後者よりプラスが大きいままはマイナスが小さいと評価されるならば、その種類の行為は一般に適法、したがって現在直接評価対象として現実になされた行為も適法と評価し、前者と後者のプラス・マイナスが右と逆ならば、どちらも違法と評価する、ま

た評価すべきである、ということになる。言い換えれば、刑法は、評価対象たる構成要件該当行為と同じ種類の行為を、一般に適法として自由にさせた場合と、違法として禁止した場合とで、社会状態に生ずる影響の価値的優劣を、法体制が実現を目指すべき理想的な社会状態を規準にして測り、優った方を選択するのである。

わかり易い例で説明しよう。甲が殺意を以て乙の胸を出刃包丁で刺したが軽傷を負わずにとどまり、この事故により乙はその日予定していた飛行機旅行を見合わせたところ、その飛行機が墜落して乗客全員が死亡した場合、甲は結果的に、乙を傷つけることによってその生命という大法益を救ったのであるから、法益侵害説——結果無価値論からすれば甲の行為は何ら違法性を有しなはずである。しかし、その行為と同種の、刃物で人の胸を刺す行為を一般に許せば、法体制が目指す安全権の平等保障は全く不可能となり、その保障を前提として可能な自由、所有および圧制への抵抗その他の人権の保障も不可能となるだろう。他方、この種の行為を一般に禁止したとしても、そのために、傷つけられれば助かるはずだった命が却って失われるようなケースは、極めて稀にしか在りえない。両者を比較すれば後の方が、法体制が目指す人権の平等保障のためにはるかに有益であることは自明である。だから、甲は乙の命を救ったにもかかわらず、法が一般に禁止している違法な殺人の実行行為をしたと評価されるのである。

違法評価のこのような構造の特徴を、「一般的」と名付けたのは、評価対象たる個々特定の行為とその結果ではなくて、その行為と同種の行為を一般に許しおよび禁止したならば生ずるであろう社会状態の比較考察に基づく評価なる点に、着目してである。メツガーが、評価規範としての法は「万人を宛名者としている」と言ったのは、評価機能のこの特徴を指してのことである。

最後に、違法行為の対象である現実になされた行為の特定の仕方について、大切なことを述べておく。

ひと口に現実になされた行為と言っても、「誰が」「何時」認識した行為内容を評価の対象とするかにより、評価の内容は大きく変わりうる。例えば、甲が平常毒薬を入れてある瓶から中身を取り出し、食物に混ぜて乙に与えたが、これより先丙がひそかに瓶の中身を小麦粉に入れ替えておいた、という場合、甲が行為当時正しく認識していた事実「平常毒薬の入っている瓶の中身を乙に食べさせた」を基礎にして判断すれば、当然違法だが、甲の行為当時丙が認識していた事実も加えて判断すれば「甲は乙に小麦粉を食べさせた」ことになるから適法で、甲は不能犯となる。また、甲の認識を基礎にしても、行為後認識した事実「いつまでたっても乙の健康に変化が無いので、調べてみたら瓶の中身はメリケン粉だった」を判断の基礎に加えれば、不能犯となる。裁判時に裁判官の認識したすべての事実（他の例を挙げると、例えば失敗した狙撃では、引き金を引いた瞬間銃口は標的の身体に向いていなかった、致死量の毒薬投与では、被投与者がその毒薬の利かない異常体質だった）を基礎にすれば、すべての殺人未遂は不能犯となる。

従来これをめぐる学説は紛糾を極めているが、これは、違法評価の基礎が、現実の行為とそれにより現実に着起された結果だと考えるためである。もしそうであるなら、道理としては、行為者自身や被害者や第三者が何時どう認識しようと、法の評価はあくまで客観的事実に基づいてなされるべきだから、どういう行為によりどういう因果過程を辿ってどういう結果が発生したのかについて、裁判官が裁判時に正しく認識したすべての事実を基礎とすべきである。ところがそうすると、前述のようにすべての未遂犯は不能犯になってしまう。そこで、誰の何時の認識に限るという条件をつけ加えることにより、法感情に合致する結論を導き出そうとするわけだが、規準が法感情などという曖昧で主観的なものだから、百家争鳴で收拾がつかなくなるのである。

これに対して私の違法論では、現実にとどのような結果が発生したかは、評価上全く問題とならないから、評価対象たる行為それ自身のみ、したがって当然、「行為者が行為当時」認識していた事実、但し、法は嘘の事実を基礎にして評価してはならないから、行為者が誤って認識していた事実を除いて「正しく」認識していた事実、さらに、法に見落としてあつてはならないから「すべての」事実、併せて「行為者が行為当時正しく認識していたすべての事実」のみが、評価の基礎とされる。

このあと、以上の一般化的違法論で明らかになった法の適法・違法評価のやり方に従えば、従来の違法論の諸矛盾・諸難問を、その同じ一つのやり方で、一挙に余す所なく解決しうることを、解決の大筋を示すことによって証明すべきであるが、そうするとかなりの紙数になり、犯罪論体系の基本構想の全体的記述の中で、違法論だけがバランスを失って肥大化してしまう上に、それが間に入って、違法論の基本的論理が次の責任論のそれに直接繋がる形で書いていくことができなくなり、読者に、犯罪論体系の全構想を一望に収めることを難しくさせてしまうおそれがあるので、この部分は、全構想をひとまず説き終わつたあとで、一括して記述することにし、以下直ちに責任論の解明に入る。

D 「個別化的」責任論——法評価の対象とされる個々の行為(a)が現実になされた時および場所において、その行為者がなすべきであった、と刑法が評価する行為(b)の価値判断形式は、以上に解説した違法評価だけで完全に決定し尽くされるわけではない。

まず当然のことながら、(b)は理知的自由意思的行為である。しかるに、理知的自由意思的行為は、先に



「裸の行為論」の解説で述べたように、「行為者自身の過去体験の統一の意味連関を参照することにより、彼自身が取りうるさまざまな行態を認識すると共に、その各々によって惹起されるであろうそれぞれの結果を予測し、かつその予測された結果の価値を比較衡量して、最も価値が高いと判断する結果を惹起するだろうと予測する行態を、選択的に現実化する」という構造を持つ。

これを、適法違法評価において、（a）がなされた時と場所で行為者がなすべきだったとされる行為に当てはめると、まず、過去体験の統一の意味連関を参照して認識する所の、身体が取りうる諸行態の中には、当然、（a）が現実に取り取った行態（ア）とそうでない行態（イ）とが含まれている。

次に、その統一の意味連関を参照して予測する所の、各行態によって惹起される結果とは、法成員に対して一般に、自由に行態（ア）を取ることが許されるならば、彼らが取るのであろう行態（ア）の全体によって惹起されるであろう所の社会状態と、行態（ア）を取ることが禁止されるならば、ほとんどすべての法成員が取るのであろう行態（イ）の全体によって惹起されるであろう所の社会状態とである。

さらに、その統一の意味連関を参照して、その予測された二つの社会状態の価値を比較衡量するに当たっては、現行法体制が実現を目指す理想的社会状態、日本国憲法に基づくわが国の現行法体制においては全法成員の人権が平等に保障された社会状態（それに加えて、憲法が求める国際平和実現のための努力を全法成員が一致協力して行う社会状態。また、今日では自然権保障を人の自然権たる人権の保障に限るのは狭きに過ぎるのであって、人以外の全生物およびその生活環境としての物質的自然の自然権も充分に保障され、文明社会と全自然とが協力して共存共栄している社会状態を、究極の理想と解すべきである。）が、価値の優劣を計る規準とされる。

そして最後に、この比較衡量において価値が優ると判定された社会状態を、惹起するだろうと予測される所のものが、行態（ア）の許容かそれとも禁止かに応じて、（a）のなされた時および場所において（a）が現実にとった行態（ア）と価値判断の形式・内容を同じくする行態と、そうでない行態とのいづれが、取るべき行態であるかが、決定される。

言葉で厳密に表現すると、普通の人がこのような内容の理的の自由意思的行為をなすことは、かなり困難であるように思われるかもしれない。しかし、実際にはそれほどでもない。なぜなら、一つには、普通の知能と行動能力（＝行態を取る能力）とを備えた成人は、言葉を使って考えなくても、また考えることはできなくても、右の内容より遙かに複雑精密な思考や行動を日常茶飯に、しかも極めて迅速に、絶えず行なっているからであり、二つには、適法か違法かの評価に当たり、刑法は、普通の知能と行動力とを持つ成人ならば誰でも容易に考えられる程度のことしか考えないし、考えるべきではないからである。

その趣意が誰にでもわかる命令でなければ、誰にでも容易に守らせることはできず、法の実効性は失われる。アンシアン・レジーム期糾問手続の法定証拠主義では、学説法・判例法が微に入り細を穿ってあまりにも精妙かつ高尚な理論を構築し発展させて行った挙句、モンテスキウにさえ理解できないものになってしまったため、却って巧く機能しなくなった。そのことへの反省から、近代刑法は、簡明な箇条書きで犯罪構成要件を示し、フランス近代刑訴法は、法を作ったり適用したりする側ではなく、法を押しつけられ守らされる側の一般民衆の中から陪審員を選び、検察官・弁護士・裁判官に対しては彼ら一般民衆でもよくわかるような証拠調べと弁論とを彼らの面前でやらせ、刑法学者に対しては彼らにもわかり易い常識的で明快な学説の工夫を求めたのである。ガローが、仏独刑法学を比較して、ゲルマンの知性は深遠だが難解、ラテンの知性は明快だが浅薄と言ったのは明言だが、この違いは少なくとも刑法学者に

限っては、頭の違いよりもむしろ参審制と陪審制との違いに由来する。

それゆえ、(a)が、一見してわかる人権の直接的侵害(殺人、傷害、強窃盗、放火、強姦など)であり、(a)の行為者が、普通の知能と行動能力を備えた成人であるときには、(a)と同種の行為に一般的な外的事情以外に、前記内容の理知的自由意思的行為の遂行をどの部分かで阻害する、(a)のみに特殊な外的事情が存在しない限り、違法評価において(a)のなされた時と場所で行為者がなすべきだったとされる行為(b)は、例外なくそのまま、(a)の行為者自身が自らなすべきだと現実には評価した行為と一致する。すなわち、前記各内容の全体にわたって判断の形式と内容と同じくしている。そこで行為者が、この自己評価の最終段階たる、(a)と同種の行為を一般に許しおとび禁止することによって惹起されるであろう各社会状態の価値の比較衡量に基づいて、(a)の行態(ア)を取るべし、または取らざるべしとする評価に従って、現実には(ア)を取り、または取らなければ、(a)と(b)とは、すなわち行為者が現実になした行為と法が行為者はなすべきだとした行為とは、最後の、行態の選択的現実化(いわゆる意思表動)まで含めて全体にわたり、完全に判断の形式と内容を一致させることになる。この一致が、行為者の自由意思的選択として自己の「責任」において現実になされた行為の適法性にほかならない。

他方、行為者が、自己評価の最終段階までは、全体にわたり(b)と判断を同じくして来たにもかかわらず、言い換えれば、法と全く同じように、(a)と同種の行為を一般に許しおとび禁止することによって惹起されるであろう各社会状態を事実として正しく認識すると共に(この認識が、刑法学上「故意および過失」、併せて「責任条件」の自身の半分を成す「事実の認識」である。)、その各社会状態の価値の比較衡量に基づいて、(a)の行態(ア)を取るべし、または取らざるべしと評価していたにもかかわらず(この評価は当然に、(ア)を取るべきに取らず、取らざるべきに取ることが、不当為無価値であるとの評価を含む。この評価自身は、「だからそうすることは法

の評価と一致せず違法である」との認識を含んではないが、多くの場合この認識を伴っているので、「違法性の意識」と呼ばれて、故意・過失＝責任条件の中身の他の半分を構成する。）、この評価と矛盾する行為者自身の別の評価に誘惑されて、この評価を意識野から追い出し、それと矛盾する行態を取ってしまったならば、彼は最終的に、自己の自由意思的選択により自己の「責任」において、自己の現実的行為（a）を法の命ずる行為（b）に一致させず違法に行為したことになる。

すぐわかるように、何らかの事情で行為者に、上記の意味における事実の認識が無ければ、上記の意味における違法性の意識（正確に言えば、法がその行為を違法と評価した趣意と同じ趣意で、その行態を取るべきではない、と考えること）が生ずる可能性は全く無い。したがって彼は、法とは全く別の趣意で偶然、法が取るべしとする行態を取ることがありうるが、この場合は単に偶然適法行為をしたままで、自己の理知＝自由意思に基づき、したがって自己の責任において、適法に行為したわけではない。同様に彼が、法の趣意に反することを全く知らずに、それとは全く無関係な趣意で偶然、法が取らざるべしとする行態を取ったとしても、自己の理知＝自由意思に基づき自己の責任において、違法に行為したものと言うことはできない。それゆえ法は、彼の違法行為に対して彼の責任を問うことはできない。

これを本論冒頭のテーゼに即して言うと、刑法は、法成員の現実に行った行態だけではなくて、取った行態を含む現実になした理知的＝自由意思的行為全体（a）と、刑法が、その行為のなされた時および場所において行為者がなすべきであったとする理知的＝自由意思的行為全体（b）とが、論理的に両立不可能であるときに、（a）は自己（＝刑法）の命令に違反したとするのである。

なぜなら、刑法は、自己が取るべきでないと評価する行態を法成員に取らせず、取るべきであると評価する行態を

法成員に取らせるために、法成員の行態そのものに対して物理的力を加えることはできないのであって、法成員の理知 $\parallel$ 自由意思に呼びかけて、法成員が自分の判断に基づき自発的に法の意に適う行態を取ってくれるよう期待する以外には方法がない。ところが、何らかの事情でその法成員に事実の認識が無く、したがって違法性の意識も無いとすれば、彼に対して、自分の判断で自発的に法の意に適う行態を取るように、彼の理知 $\parallel$ 自由意思に呼びかけることは不可能である。すなわち、彼に対してその時その場所で適法行為（b）をなすべしと命ずることは、本来、つまり存在論的に、不可能なのである。言い換えれば、その時その場所に（b）がなすべき行為として現実 $\parallel$ に在る、と仮定することは、論理的に不可能である。

とすれば、この場合は、（a）と同じ種類に属する大多数の行為については、それがなされる現実の時と場所には（b）が存在すると仮定することができ、したがってこれと比較して、（a）と同種類の行為は一般には適法あるいは違法であると判断しようとしても、この（a）自身に限っては、それが存在した時と場所に（b）の存在を仮定することはそもそも不可能であり、したがって（b）と比較して、（a）は適法あるいは違法である、と判断することは、始めから不可能なのである。つまり、（a）と同種の行為に対して一般に妥当する「一般的」違法評価を、この個別行為（a）に対しては、その理知と自由意思とに内在する個別事情の故に、個別に妥当させることができない。これを、（a）に対し違法の責任を負わせること、問うことができない、と言うのである。違法を一般的、責任を個別化的と呼び分けるのは、この意味である。

なお、行為者に事実の認識が在っても、そこで認識された二つの社会状態の価値を比較衡量するための価値規準である、現行法体制が実現を目指す理想的な社会状態を、行為者が別異に認識していたならば、彼には違法性の意識が存

在せず、したがってその別異の価値規準に照らして、両社会状態の価値的優劣を逆に判断し、その判断に基づいて違法な行態を取ったとしても、その責任を問えない、ということが原理的には在りうる。いわゆる確信犯や法盲目的犯罪がそれであるように言われているが、実際問題としては、そういう犯罪は在りえない。

例えば、政治的信念に基づいてテロや内乱により多数人を殺した人といえども、その種の行為を一般に放任したら社会生活全体が危機に陥ることは知っている。すなわち、法がその種の行為を違法として禁止する趣意と同じ趣意の評価をちゃんと自らしているし、また法がその趣意でその行為を禁止していることも知っている。法盲目性の好例としてフロイデンタールの引いたコルシカ女テラノワとて、仇討ちの殺人を一般に放任すれば、その種の殺傷事件の頻発で人々の安全がかなり危険にさらされることぐらひは、わかつていた。すなわち、法がその行為を禁止していることは知らなかったかもしれないが、法の禁止の趣意と同趣意で自分の行為は不当なることはちゃんとわかっていた。ただ彼らは、自分の場合には特別の事情、たとえば今の暴政が続けばテロや内乱で失われる人命より多くの人命が失われるであろうとか、自分の故国では親の仇討ちは、殺人の罪を打消しにして余り有る程の道徳的名誉を与えられる誇らしい行為だとかの事情が在り、自分は前の評価よりも、この事情に基づく評価を優先させよう、と考えて犯罪を実行したのである。もしその種の行為はどの面から見ても一点の不当為性も無く、絶対的な不当為、善ないし正義だと信じてやる人がいたら、その人は、身体または生育環境の異常により、理知の能力が普通の成人の域に達していないために、もともと法の適法違法評価と同趣意の当為不当為評価をなすことができない人、つまり責任能力を欠いている人なのである。

特殊な例を引かなくても、似たようなケースはいくらでもある。例えば殺人だけでも、正当防衛、緊急避難、不真

正不作為犯の成否、結果と行為との因果関係の存否、未遂か不能犯か……等々の境界問題、上官の命令による捕虜殺害、安楽死、脳死者の臓器移植、放置してもなお数月は生きられるのに敢てした死亡率の極めて高い手術による致死、高死亡率手術中の処置の不手際による患者の死……等々が殺人罪に当たるか否かの問題などが在るケースで、行為者は適法と思ったのに判決が有罪だった場合が、それである。この中には確信犯のようなものも結構あるが、みんな問題があること、違う判断があっても不思議でないことは知ってやったのであり、それはなぜかと言うと、自分の場合には許される、多分いいだろう、やむをえない、人間として当然、などと適当に正当化はしたが、しかし同時に、そういう種類の行為をみんなが自由にしてもよいとなったら社会的にかなり問題が出てくること、さりとて一切ダメとするのにも問題があることはわかった上で、許される方に賭けたのだからである。

法規の存在を知らずにやった特殊な行政刑罰法規違反においても、実態に違いはない。その種法規の規制対象になるような種類の社会的行為に関わる人ならば、規制を必要とするような社会的事情が在ることは当然知っており、その事情がとりもなおさず法がその種の行為を違法とする趣意にほかならないから、法規に違反することは知らなくても、自分の行為が法と同じ趣意で不当であることの認識、私の言う、事実の認識と違法の意識とを併せた責任条件、が存在することは確かである。

従来の責任論が、事実の認識は在るが違法の意識の無い場合が、特に行政犯においてはしばしば在る、と考え、それでも何とか処罰したいばかりに、法規は知らなかったが注意すれば知りえた、違法観を誤ったが注意すれば誤らざすんだ、という場合には、違法を意識しなかったことに過失が認められればなお故意であるとか、概念上は過失だが科刑上故意と同一に取り扱われるとか、明らかに論理法則違反の学説を、無理を承知で考案せざるをえなかったの

は、違法論で法益侵害説を採っていることの連鎖反応である。

法益侵害説によれば、法は行為から直接生じる現実の結果を、そしてただその結果だけを見て、その行為を適法または違法と評価するのである。行為が特に違法と評価される場合の態様と結果とは、犯罪構成要件として示されている。したがって、責任条件＝故意・過失の要素である事実の認識は、犯罪構成要件該当事実の認識であり、かつそれに尽きるはずである。しかし、本論で明らかにしたように、違法評価の基礎である事実の認識は、そんな単純なものではない。だから、構成要件該当事実だけを認識しても、その行為が違法であることは認識できない。殺人や窃盗のような自然犯なら、前掲のような特別の場合を除いては、誰にでも人殺し→悪い、泥棒→悪い、という心理的条件反射が出来ているから問題ないが、法定犯、特に行政刑罰法規違反の場合には、必ずしもそうはいかない。さて、本論のような事実認識が違法評価の基礎だとは思ってもみないから、結局、事実の認識だけでは違法ないし不当だと気づかぬ場合があるんだな、ということになり、そこで上記のような無理な辻褃合わせをせざるをえない仕儀となるのである。

### この違法論に基づく、従来の違法論上の諸矛盾・諸難問の根本的解決

以上で犯罪論体系の基本構想の全体像が明らかになったので、違法論の終わりの約束に従い、ここで改めて、私の違法論に基づく評価のやり方で、従来の違法論における諸矛盾・諸難問を解いてみることにしよう。執筆に割きうる



残りの時間が少ないので、解決の大筋しか示すことができないが。

(一) 因果関係——迷信家が、丑の刻詣りをして人を呪い殺そうとしても、通常は殺人罪の不能犯であるが、その理由は、その種の行為が原因で本当に被呪詛者の死という結果の生ずることは通常ありえないから、その種の行為をやりたい者には自由にやらせても、現行憲法が保障しようとする人権（フランス人権宣言では自由・所有・安全および压制への抵抗、現行ドイツ憲法では個人の尊厳と人格の自由な発展）、中でもその土台である国民の生命・身体の安全の平等保障に、何の支障も生じないからである。

もっとも、その種の行為を一般に許す結果、極く稀に、被呪詛者もまた迷信家だったため、事を知って心配になり、警察に訴えても相手にされず、不安の余り精神障害に陥ったり、その結果自殺したりすることが、ありうる。それは確かに、その種の行為を許すことに必然不可避的に伴う法体制の瑕瑾には違いない。しかし、その瑕瑾を無くすために、人を呪い殺そうとすることを殺人として禁止し処罰するとしたら、どうなるだろうか。

まず呪詛の対象者が死なない通常の場合でも、呪詛者を殺人未遂で処罰しなければならなくなる。もっともこれに對しては、今時そんな事をやる奴は稀だろうし、そんな馬鹿は刑務所に入っけてもらった方がよい、という、些か暴論じみた反論があるかもしれない。しかし、事はそう簡単ではない。

およそ社会生活の中では、すべての人が、極く稀にはあるが人を死なせる可能性のある行為を日常的に行なっている。否、高度の機械的・化学的技術を駆使して大量の人や物質を絶えず迅速に動かし組み合わせ造り変えている現代の産業社会では、極く稀にどころか日常的に大量に、しかもどんなに避止しようとしても必然不可避的に、したがっ

て確実に、その上全体としては極めて大量に、人を死なせる多種無数の行為が存在し、しかもすべての人が日常的にその種の行為を自ら行ない、それに関わりまたはそれに依存して生活しているので、人々のほとんどあらゆる種類の行為は、丑の刻詣りが人の死を招く可能性よりも遙かに大きな、人の死を招く可能性ないし必然性を持っている。例えば自動車の製造・販売・運転はその代表である。それゆえ、丑の刻詣りを殺人罪や傷害罪として違法と言うなら、まして自動車の製造・販売・運転は、当然に殺人罪・傷害罪として違法だとしなければならぬ。呪詛はくだらないだけだが、自動車にはいろんな利便があって文明生活には欠くことができないと言っても、呪詛により侵害される僅かな生命・身体 of 安全まで大切に守っておきながら、日本だけで確実に、年間一万人以上の生命、六、七十万の身体 of 安全を侵害する行為は許すと言うのではあまりにも不公平で、法の下 of 平等に反する。また、馬鹿馬鹿しい行為ならばほとんど無害でも禁止すべきだ、と言って実際に禁止する政府がもし在ったら、どんなに恐ろしい自由権の圧殺社会が生じるか、考えてみればよい。

こういうわけで、呪詛は一般に許さざるをえないが、許す以上、先記のようにその結果被呪詛者が精神障害になつたり自殺したりしても、殺人罪として違法と言うわけにはいかない。しかし、法益侵害説によれば立派に人の生命という法益を侵害したのだから、適法とするには何か違法阻却事由が必要だが、拙論の理由以外にそんな事由のあるわけはない。ところが法益侵害説以外は考えられないものだから、苦し紛れに、この例の如く稀に意外な因果関係を辿って法益侵害結果ないし構成要件該当結果が発生した場合には、事実上の因果関係は在るが法上の因果関係は無い、という理屈にならぬ理屈を考案した。事実上の因果関係と異なる因果関係と言うからには、御都合主義が作った架空の因果関係でしかありえないが、法律家は、筋の通る理論が出来るまで裁判を待つて下さいとは言えない人種ゆえ、仕

方ないと言えはそれまでだが、一旦仕方ないと許してしまうと、御都合主義的であればあるほど、当然ますます都合に合わせてどうとでも自由に使える便利この上ない理論のわけだから、その上に安住して、せっかくまともな理論が出て、却って邪魔だと見向きもしくなる。

それはともかく、要するに因果関係論は未遂・不能犯論の裏返しで、結果が発生しなければ未遂になる行為から結果が生ずれば、行為と結果との間に因果関係が在り、不能犯になる行為から稀に結果が生ずれば因果関係が無い、ということなのである。だから、未遂と不能犯とを区別する規準と、因果関係の有無を判定する規準とは、当然同一であるべきなのに、学説の多くが全く別規準を設けているのは不思議だが、その理由は、法上の因果関係無しとされるケースの多くは、普通なら不能犯の行為から結果が生じるのでなく、普通なら未遂で終わる行為から稀に結果が生じてしまった場合なので、両理論の表裏の関係に気づかないのだろう。

例えば、Aが殺意を以て近距離からBを狙撃したがBは軽傷で一命を取り止め、病院で弾丸摘出手術を受けたところ、麻酔のミスにより死んだ、という教科書的ケースがそれで、普通なら殺人未遂に終わるはずなのに、医師の過失という稀で意外な原因が介入したために、被狙撃者の死という結果が発生してしまったのである。なぜこれを、未遂・不能犯の区別の規準と同一規準で処理すれば善いのかというと、このような場合評価者は、全体の因果関係の流れの中から問題のある部分、今の例では負傷者が病院で死ぬ可能性の極めて低い手術を受けたという部分だけを取り出し、仮に誰かが犯意を以てそのように事を運んだとして、意図する結果が生じなかったとしたら未遂なのか、それとも不能犯なのかと自問して、答えが未遂なら全体は既遂、不能犯なら全体は未遂、と判定すれば善いからである。

(二) 許された危険——丑の刻詣りのように、法益侵害惹起の確率が極めて低いために不能犯として許される行為については、行為に当たって行為者に対し、結果惹起を予防しまたはその確率を低減させるために、何らかの安全措置を講ずる義務を課す必要はないが、自動車の製造・販売・使用のように、全部まとめれば大量に百パーセントの確率で、また、各一台の製造・販売や各一回の運転によっても不能犯に比べればずっと高確率で、法益侵害結果を惹起する種類の行為を許す場合には、その種の行為を一般に許すことで確保される社会状態への好影響が失われないう限りで、結果惹起を最少に抑えるために、相当な安全義務を行為者に課すことが必要である。この義務は、自動車の製造・販売・運転のように結果惹起の確率が相対的に極めて大きい行為については、法律や政令で定められるが、その確率がそれ程大きくはないが不能犯ほど小さくもない極めて多種多様な日常的行為については、慣習や常識に基づく行為規範として広きにわたって存在している。例えば、バットやゴルフクラブを振るときは周囲の状況をよく見て安全を確認すべきだ、焚火のあとには十分に消火しかつそれを確認すべきだ、幼児を保護者の看護無しに相当時間以上放置してはならない、等々。

そして行為者が、これらの安全措置を講ずべき義務（以下簡略化して「安全義務」と呼ぶ）を履行して行為したにもかかわらず法益侵害を惹起した場合には、その侵害は、その種の行為を一般に許すことが社会状態全体に及ぼす悪影響（それが自動車事故によるものの如く人権その他の自然権や世界平和の直接的侵害の集積である場合には、普通「危険」と呼ばれる）の内、その種の行為を一般に禁止する場合に比べて許すことにより社会状態全体の受ける好影響（自動車については言うまでもなく、現代文明を支える経済機構の基幹部分としての機能の価値）の已むを得ざる代償として、法が甘受することを承認した部分、すなわち「許された危険」の現実化したものであるから、その侵害行為は適法と評価

される。侵害結果を惹起しなければ、もちろん適法である。

これに対して、行為者が安全義務を履行しないで行為したことにより惹起した侵害は、「已むを得ざる代償と言っても限度が在る、そこまでは到底甘受するわけにはいかない」として法が甘受を拒否した部分、すなわち「許されざる危険」の現実化したものであるから、その侵害行為は違法と評価される。安全義務を履行せずに行為したが幸い結果を惹起しなかった大多数の場合も、違法に行為したことに変わりはなく、その行為の該当する犯罪構成要件が未遂を含んでいるときには、その行為は未遂罪の構成要件の違法となるが、未遂を含んでいなければ、安全義務違反罪の構成要件の違法となる場合と、非構成要件の違法とされる場合とがある。

このように見て来ると、通説が、惹起しても行為との因果関係が無いから適法とする法益侵害結果と、許された危険の惹起だから適法とする法益侵害結果とは、結局どちらも、上記の意味で許された危険の現実化したものにはかならない。ただ前者は、普通なら不能犯になる行為からたまたま生じた結果だから、無条件に、したがって全面的に、許された危険の現実化であるのに対し、後者は、安全義務の履行を条件に、したがって安全義務を履行したとしてもなお不可避免的に生じる範囲に限り、許された危険の現実化である点で、区別される。

(三) 合法的代替行為——さて、そうだとすると、安全義務不履行の行為により、安全義務を課すことによつて法が発生率を減らそうとした法益侵害を惹起したとしても、もしその侵害が同じ状況下で安全義務を忠実に履行して行為したとしても惹起されざるをえなかったと判断されるならば、それは刑法があらかじめ、安全義務の履行を条件として許した危険の現実化にはかならないから、その安全義務不履行の法益侵害行為は適法とされる。例えば、制

限時速五〇キロメートルの道路を時速七〇キロで自動車走行中、突然脇道から子供がとび出し、急ブレーキをかけハンドルを切ったが間に合わず、轢き殺してしまった場合、仮にその時五〇キロで走行していたとしても轢殺を避けえなかったと判断されるならば、その行為は過失致死未遂の違法性しか無く、不可罰である。判例・学説は従来こぞってこの結論は認めて来たが、その理由づけに難渋した。

高速走行は明らかに子供の死の原因であり、両者間には明らかに相当性があるから、刑法上の因果関係を否定することはできない。では、自動車走行が轢殺の原因だったことは確かだが、走行時速が適法の五〇キロでも結果は同じだったのだから、その走行が特に「制限時速を超えて違法だったこと」は轢殺の必要条件ではなかった、それゆえ、走行そのものでなく走行が違法だったことと、轢殺との間には、刑法上の因果関係は存在しない、したがってこの轢殺に違法性は無い、と説明できないだろうか。

しかし、因果関係は走行行為と轢殺結果との関係なのに、「行為の違法性」は行為に対する刑法の評価なのだから、それが轢殺の原因であることは存在論的にありえない。その証拠に、制限時速五〇キロの道路をもし時速六〇キロ以下で違法走行していたら轢殺を避けえたのに、時速七〇キロで違法走行していたために轢き殺したとすれば、先の論法を以てしても、走行行為が違法だったことは轢殺の必要条件、したがって原因ではなく、六〇キロを超える七〇キロの時速での走行行為が原因だということになる。また、制限時速ギリギリの五〇キロで走っても轢殺を避けえなかったという当初の設例においても、もし時速四〇キロ以下なら避けえたとして、これに先の論法を適用すると、走行が適法か違法かにかかわりなく、四〇キロを超える七〇キロの時速での走行行為が原因だということになる。要するに、轢殺を避けえた速度の上限を超える速度で走行したこと以外に、轢殺の原因は存在しないのである。

適法に走行していれば轢殺を避けえたか否かによって異なるのは、違法走行が轢殺の原因か否かではなく、轢殺が、法が自動車走行を一般に許すに当たり、それが及ぼす社会状態への好影響の已むを得ざる代償として、甘受することを承認した「許された危険」の現実化か、それとも、そこまでは到底甘受しえぬとして拒否した「許されざる危険」の現実化か、という点である。しかるに法は、制限時速を定めることにより、それ以下の走行を一般に許すことにより生ずるであろう社会状態の危険を、已むをえぬものとして甘受することを宣言したのであるから、その時その場で制限時速ギリギリの適法走行をしていたとしても避けえなかった轢殺は、実際の走行速度の如何に関わり無く、許された危険の現実化であって、原因である違法走行が既遂であるための要件としての結果ではないのである。

なお、合法的代替行為が問題となりうるのは、自動車走行のように、その種の行為は一般的状況下では、個々的には法益侵害を惹起する確率が小さいので、法がひとまずそのような一般的状況の下で一般に従うべき安全規準を定めて置いた場合に、その一般的状況の下で侵害が起きたケースである。それゆえもし、法の想定しなかった特殊な状況が生じ、その下では、既定の安全規準を守っただけでは、その種の行為により、法が想定したのより遙かに高確率で侵害結果が生じるであろう場合には、当然、法の既定の安全基準に優先して、その状況に最も適した技術的経験則に従って安全措置を取るべきことが義務づけられる。この場合には、次の理由により、安全規準を守って適法に行わしめたとしても同じように侵害が生じただろう、という抗弁は許されない。

第一に、その特殊状況下で技術的経験則により義務づけられる安全措置を取れば、間違いなく侵害の惹起の確率をゼロまたはそれに近く低減させるが、取らなければ逆に、一〇〇パーセントまたはかなりの高率に高めるであろう場合には、取らないで侵害を発生させる行為は、承知でやれば確定故意または未必の故意、それほど高確率ではないと

誤認してやれば過失によるその侵害惹起罪となる。例えば、一般的状況を考慮して制限時速が一〇〇キロと定められている高速道路が、何らかの事情で異常な混雑・渋滞・濃霧・路面凍結などの状態に在る場合には、その深刻さの度合に応じて運転技術の経験則は、時速五〇キロ、三〇キロ、あるいは一五キロ以下への減速を義務づける。それを守る限り事故はまず起きない。なにもある人が焦って飛ばして事故を起こせば、よほど臍曲りの弁護士でも、仮に安全速度を守ったとしてもこの危険状況では、事故発生の可能性が絶無ではなかったから、疑わしきは罰せずの法理により、合法的代替行為理論を適用して侵害未遂、焦った過失で故意は無かったから無罪、と主張することに躊躇するであろう。

しかし、人情としては確かにそうだが、理屈としては、同じ交通安全義務違反なのに、一般的状況下の一般義務違反に適用可能な理論を、なぜ特殊状況下の特殊義務違反には適用してはならないのか、と問われると、なかなか好い答えは見つからない。そこで、それを見つけるために、以上と少し違うケースについて考えることにしよう。

すなわち、放置すれば速やかに死に至ることが確実なので、助かる可能性は極めて低いが少しは在る医療手術を行う場合のように、どのように行為するにせよ、一〇〇パーセントにかなり近い高率で侵害を惹起する可能性が在る、という状況下では、技術的经验則は、〇パーセントまたはそれに近く侵害惹起の確率を低減させる安全義務を見出しえないから、精々、その確率をできるだけ多く低減する措置を取るべきことを義務づけるに過ぎない。したがってこの場合には、たとえ安全義務を守って行為しても侵害を惹起したであろう可能性が常に極めて高いから、疑わしきは罰せずの法理を認める以上、合法的代替行為理論により、安全義務違反による侵害の既遂性を阻却し過失なら無罪とすべき堂々たる理由が、すべての安全義務違反について成り立つはずである。それなのに、ドイツのある判例理論は、どんなに高くても単なる可能性では足りず、安全義務を守って適法に行行為しても「確実性に境を接する蓋然性」



で侵害が惹起されたであろうときに限り、既遂性を阻却するという、疑わしきは罰せずの法理を無視した勝手な判定規準を捏造して、何が何でも過失犯を有罪にしようとした。何だか、無理難題を吹っかけて無実の人を犯人に仕立てあげる、時代劇の悪代官の所行に似ているではないか。しかし、この場合に限っては黄門さまも、なかなか合法的代替行為の印籠は取り出しにくい。

なぜなら、悪代官の屁理屈を肯定しないと甚だ不都合なケースが、しかも日常的に存在するからである。例えば医療過誤がそうである。あらゆる医療上の安全義務を遵守し最善の医療を施したにもかかわらず、高度の確率で患者の死を惹起する疾患・病状は多種多数存在する。その医療に医師の過失による安全義務違反が加わって患者が死んだ場合、その義務が、車走行の一般的な時速制限と同様その種医療行為に当たり一般に遵守すべき規則、例えば外科手術に当たって医師は飲酒すべからず、あるいは、執刀用具を充分消毒すべし、であったならば、初掲の制限時速超過による子供の轢殺のケースと同様、酒を飲まなくても摘出すべき病巣の状況から見て延命手術が成功する可能性はなかったか否か、充分消毒したとしても殺菌不能な化膿菌の残存により患者はその菌の感染で死なざるをえなかったか否かは、比較的容易に判定できることが多いであろう。しかし、患者の疾患の本質とその時々々の症状を考えて、臨機・迅速に対応してその都度施すべき医療行為については、その疾患が元々死亡確率が高く、あるいはその時の症状が極めて重く、またあるいは施す医療そのものの致死率がかなり高いが施さねば確実に近々死に至るので施さざるを得ない場合には、その医療の安全率が相対的に高ければその医療行為によるその時点の死亡確率は減るが、医療効果は少ないので長期で見れば治療率は却って下り、逆に効果に主眼を置けばその行為によるその時の安全率は低くなるなど、何を適法としても結局は、治療時または長期の死亡確率はかなり高くならざるを得ないので、過失が手術中誤って大

動脈を傷つけて出血多量死させたとか、誤って致死量の毒薬を医薬と間違えて服用させたとか、その時その過失が無ければ少なくともその直後に死ぬことは確実に在り得なかつた極めて重大な過失以外には、合法的代替行為理論によるとすべて無罪とならざるを得ない。

だがこれは医師に医療過誤の自由・過失致死のライセンスを認めるに等しく、これを一般に許すのと有罪として禁止するので社会状態にそれぞれどんな影響があるかと考えると、許すことの功罪は医師が危険を怖がらずに有効と思ふ医療を試すことができ、医学の発展には大いにプラスであると共にそのお蔭で命拾いする患者もある反面、罪に問われる心配が無いので医療が慎重を欠いて過誤を激増させ、患者を新開発医療の危険性を試す人体実験の材料とすることが盛んに行われて、ただでさえ近頃問題になっている医療道德の低下、医師の金欲による腐敗を決定的なものにしかねない。有罪として禁止することの功罪は、丁度これと逆になる。現行法体制が求める人権の平等保障の理想に照らし、両者を比較して後者を探るべきは明白であるから、危険医療行為の過誤は、医療の極く一般的な遵則の違反以外は合法的代替行為理論による既遂の否定、したがって無罪を認めず、過失致死を以て論ずべきである。危険医療行為以外にも、安全権侵害の危険度の大きな行為においてその都度義務づけられる臨機・迅速な安全義務の違反も、同様である。

これに対しては、許された危険の現実化ならば侵害結果が惹起されても既遂ではない、と言って置きながら、そのような既遂を認めるのは自説の破綻ではないか、との反論があるだろうが、そうではない。私の違法論では、行為の違法性評価において現実の侵害結果惹起の有無は、元々問題ではないのだから、すべての未遂犯は本来当然に犯罪であるべきなのに、なぜ軽い犯罪では未遂を処罰しないのかと言うと、犯罪は一般に侵害結果の発生を契機として発覚

することが多く、過失犯では特にそうだし、発覚しても未遂に終わって被害が無ければ、当事者もマアマアで済ませて表沙汰にしたり処罰を求めたりしながらないことが多い。また、法網は自由権保障のため一般にはできるだけ密でなくて、重点的に効果の有る所だけをしっかりと締めるのが善い。これが実質的罪刑法定主義の精神でもある。事実上その違法行為により侵害結果が惹起されたのに、適法行為によっても同結果を惹起したであろう場合に、それを許された危険の現実化として許すのも、この配慮に基づいてである。しかしこの配慮が却って仇となるなら、やめて許さぬ方が善い。つまり、この場合は、一般に許すことによって生ずる社会状態の危険が、甘受する限度を超えているのだから、侵害結果の惹起は許されざる危険の現実化とされ、違法行為の既遂性を基礎づけるのである。

（一）鋤本豊博の博士論文「刑法における「合法的行為との代替性」の問題について」第三章 新たな解法への挑戦、参照。この論文は第一章のみ『北大法学論集』四七巻五号（一九九七年二月）に発表され、第三章は未発表。本稿はそのアイデアを踏襲したもので、発見の名誉は鋤本に帰されるべきである。

（四）不真正不作為犯——ある行為を一般に許す条件として、予想される社会状態への危険をある限度まで低減するために課される安全義務は、普通は前掲自動車走行上の安全義務のように、その種の行為をなすすべての人に対して課されるのであるが、ある場合には、全員に課すことが、その種の行為を一般に許すこと自体と矛盾するから不可能であり、さればと言って、安全義務を全く課さないことにより生ずる危険も極めて重大であるから無視するわけ

にはいかなないので、全員ではなく、その種の行為をなす人の中で、さらにある特定の種類の状況の下でその行為をなす人だけに安全義務を課し、その他の人には全く課さないという方法で、双方の危険防止の調和を計ることがある。いわゆる不真正不作為犯における作為義務がそれである。

法益は、作為によっても不作為によっても侵害できる。例えば乳呑児を絞めて窒息死させることもできるし、哺乳しないことにより飢え死にさせることもできる。法益侵害説に立てば、両者はいずれも違法としか考えようがない。しかし作為による法益侵害は、ある人がやれば、他の人がやってくれなくてもやれるが、不作為の侵害は、他のすべての人がやってくれないとやることができない。例えば、乳呑児の絞殺は、他の人も一緒にしてくれなくても可能だが、哺乳しないで殺すことは、他の全員がその児に哺乳しないでいてくれなければ、つまり他の一人でも哺乳をすれば、不可能になってしまう。つまり、不作為による法益侵害は、本質的に、作為によりその結果を避止しうる全法成員の共同によってのみ実行可能である。したがって、その中の誰か一人を無作為で抽選し、彼だけに作為義務を課して、法益侵害の避止を命ずることは不公平である。例えば、出産を知った全員が籤引きして当たった人に、その児を引き取って育てる義務を課するのは迷惑である。さりとて、作為により避止可能な全員に、ひとしく作為による避止義務を課したら全員生活に支障を来たす。例えば、出産を知ったすべての近隣の人や親戚が哺育の労を押しつけ合って喧嘩したり、赤ちゃんを鹽回ししたり、大変なことになる。つまり、すべての人に一律に金銭的非金銭的な無償の奉仕を強要し、個人生活の静穏を害するのみか、私有財産制度を根底から覆えず結果となる。

そこで、そうならぬように法は、その種の人だけに一般に作為義務を課せば、社会全体の負担を最小限にとどめて、しかも最も能率よく法益侵害の多発を防ぎ、全体として被害を最小限に抑えうる、と判断した種類の人に対してだけ、

一般に侵害防止義務を課し、その義務違反を当該法益侵害の作為犯と同じ罪とする。例えば、出産を知った近隣・親戚の中で児の親だけに哺育全般の義務を課し、彼らが義務を怠り哺乳しないで児を飢え死にさせたら、誰かが絞め殺すのと同様殺人罪に問うのである。

この見地から一般に作為義務を課することが適当とされる人の種類は、法令や契約により明確にその義務が認められる場合のほかは、どう決めたらよいのだろうか。現行法体制の基本的な原理・構造に属する私有財産制度、資本主義経済および個人の自由と所有の平等保障は、各個人が自己の自由意思に基づいて行動し、また自己の私的支配に属する一定範囲の事物を利用収益処分する権利を有すること、したがって各個人は他人のそのような行動や事物支配に対し一切干渉してはならないこと、を要求する。しかるに衡平の原理からすると、権利の目的たる事物から個人的義務づけを必要とする事態が発生している場合には、その義務はまずその権利者に対して課さるべきであり、他の人はすべて彼の権利の反射としてすでに義務を負担しているのだから、その人々に対して重ねて義務を課すことはなるべく避けるべきである。それゆえ、法益侵害結果発生危険が自己の行為から生じた人、自己の支配する事物から生じた人に、その危険を排除する作為義務を課するのが妥当である。また、危険が、ある人の行為と他の人の支配する事物との結合から生じたときには、市民法の物権優先原理により、後者に対し優先して作為義務を課するのが妥当である。さらに一挙手一投足の勞を取れば危険を排除しうる人にも、享受している人権に対応する市民の義務として、救助義務を課すべきであろう。

但し、このように不真正不作為犯の成否を学説・判例に委ねることは、罪刑法定主義に反するから、フランス刑法の如く、刑罰法規の明文に基づく真正不作為犯しか認めない、というのが、刑法の在るべき姿である。

(五) 適法行為の期待可能性——法益侵害説は、緊急避難について難問にゆき当たる。避ける法益と侵害する法益とが同価値のとき、法益秤量説は立往生。中立行為ないし放任行為説は意味を成さぬ。行為は違法でなければ適法である。結局緊急避難はすべて違法とするほかないが、そうなると、責任能力も故意も揃っている行為者を処罰できぬ理由が行方不明となる。そこで又しても、第三の責任要素として適法行為の期待可能性という概念を捏造し、それが欠けているから違法だが責任なし、と言い逃れた。期待可能性理論もまた、法益侵害説のポロ繕いの一つである。

この理論は、評価の規準につき、まず馬脚を表わす。行為者標準説では、性格犯や確信犯に対し、適法行為を期待しえず無罪とせざるをえない。同条件下同種犯罪をやっても、素行の善い人、道徳心堅固な人ほど重い責任を負わされる。さらにこの説を徹底すれば、すべての犯罪者は、行為当時そう行為せざるをえない気持になったのだから、適法行為は期待できなかったことになる。

性格犯や確信犯には、その行為の時点でなく、そういう性格や信念を作らぬよう、日頃から修養に努めることを期待しえたのに、努めなかったから責任があるとする説(行状責任論)があるが、法益侵害行為時に先立つ修養の怠りは法律が犯罪として禁止する行為ではないから、その責任を以て法益侵害行為の責任に置き代えることは罪刑法定主義違反である。

そこで苦し紛れに平均人標準説が現われたが、責任は平均人ではなくて行為者自身が個人として負うものであり、平均人に期待しうるからと言って、行為者自身に期待しえなかったものが期待できることになるはずもない。

国家標準説は、国家が行為者に対して適法行為を期待しうるなら、違法行為の責任を問いうる、というのだが、

国家は法という意思の主体にほかならぬから、国家の期待は法の期待にほかならず、したがって、「法はこの場合行為者に適法行為を期待しうるか」という問いに対し、「国家が期待しうるなら期待しうる」と答えるのは、トートロジーである。

最後に付随事情標準説であるが、付随事情を標準となしうるためには、一定の客観的付随事情は必ず一定の仕方一定の強さで、行為者の動機形成過程に影響を及ぼすと言えなければならぬ。しかし実際には、性格・境遇・信条・経験・教養などの異なるに依りて、同一の事情が動機形成に及ぼす影響の仕方・強さは、当然異なる。

次にこの理論を現実の諸ケースに適用すると、甚だ奇妙な結果が出る。

一九一二年タイタニック号が沈没した時、救命ボートの数が足りなかつたので子供・婦人客を優先的に乗せ、男子乗客の大多数は船と運命を共にした。して見れば、緊急状態で平均人の、または多くの男子に対し、自己の生命を犠牲にして子供や女子を救うことは充分期待しうる。ではその時助かつた男子乗客は、なぜ無罪放免なのか。一八八四年ミノネット号の乗組員は、漂流中飢えに迫られて少年乗組員を殺しその肉を食って生命を繋いだ。その報道が當時世間の耳目を聳動したのは、船の漂流は従来いくらも在ったが、こんな異常な事件はかつて聞かなかつたからである。要するに、平均人または多くの人に対し、自己の生命を救うために他人の生命を犠牲にしないことを期待しえないという断定は、刑法学者の想像力不足による独断である。

大正九年白木屋出火の際、屋上に取り残された多数女子のうち、洋装で下袴装着の女子たちは、消防夫の拵けた救命布めがけて飛び降りて助かつたが、和装・腰巻の女子は裾がめくられて下半身の露出するのを恥じて、あたら猛火に身を委ねたと伝えられる。当時の操正しき平均的な、または大多数の女性には、生命を犠牲にして公然猥褻行為をし

ないことを、十分に期待できたのである。なのに屋上から飛び降りて助かった少数の和装婦人は、なぜ公然猥褻罪に問われなかったのか。

重篤な親の病気の手術料の工面に窮した孝行息子が手術料相当の金を盗んでも、窃盗でつかまるのに、期待可能性理論の最初の登場と言われるドイツ判例では、主人の命令に背くと解雇される懼れがあるくらいのもので、危険と知りつつ暴れ馬を駆って人を轢いた御者は、なぜ命令拒否の期待可能性無しとして無罪となり、わが国でも、実質上期待可能性を考慮して減刑した判例だとして瀧川幸辰が紹介した第五柏島丸事件判例では、危険を知りながら定員の五倍もの工場職員を乗せて船を出し、予想どおり顛覆・多数者水死の重大事故を発生させた船長は、船主の命令に従ったことと、戦時中軍需工場の生産を少しでも遅らせてはならぬことを理由に、なぜ著しく軽い刑で済まされたのか。この辺りの問題を、私の違法論の見地から解いて行くと、事の本質がおのずから見えて来る。

前記の親孝行息子が手術料相当の金を、彼が勤めていたデパートのレジからくすねたとしよう。その行為自身によって直接侵害される利益と増進する利益とのみを比べれば、問題なく後者の方が大きい。盗まれた額が百万円だったところでデパートの経営状態はビクともしないが、それで救われた親の命は金には代えられず、仮に死亡事故の通常の賠償額に置き換えても百万円を遙かに超えているから。しかしだからと言って、人命救助に他人の財物を勝手に無償で取ることを、法が一般に許したとすれば、私有財産制度とそれを基盤とする現代文明は崩壊する。ゆえに、自己の生命・身体に対する、すなわち基本的人権に対する、現在の危難を避けるために、已む得ずしてやるといふ、緊急避難の条件を充たしているにもかかわらず、法はこの親孝行息子を処罰せざるをえないのである。

また、資本主義社会の生活関係は、雇用契約を軸として展開する。雇用契約に基づき被用者は、賃金の対価として、



使用者の意のままにその手脚としてその利益のために、行動する義務を負う。その範囲で被用者は、彼の意思の独立性すなわち自由を制限される。そしてその代償として、彼はその範囲でなした自己の行動に対する責任から解放される。近代的労働のこの本質が、労働を含む全経済機構の使用者による独占支配および労働収益の使用者への帰属を正当化する根拠である。すなわち、責任の帰する所に利益も又帰するのであり、逆に利益の配分与るべきでない労働者は、自己の労働を自己の責任において自主的になしてはならず、必ず使用者の意のままに「己を虚しうして」「従順に」なすべきである。資本主義経済機構の存立は、正に、使用者の命令に従ってなした行為に対する労働者の無答責に懸かっている。この原理が否定されれば資本主義の命取りになる。資本主義の存続する限り、この原理は何ものをも犠牲にして死守されねばならぬ。たとえ多数個人の生命を犠牲にしても。暴れ馬事件の御者と第五柏島丸の船長はこの原理の恩恵を受け、被害者は法によって資本主義擁護の人柱とされたのだ。丁度、現代資本主義の基幹産業たる自動車産業、したがって資本主義そのものを守るために、わが国だけで年間一万人以上の生命と六、七十万人の身体の健全性が人柱とされているように。

ではそれ以外に挙げた事例、つまり普通、緊急避難だ、仕方ない、と許される種類の行為はどう説明されるのか。個々の法益たとえば人の生命がどんなに大切であり、個々の人が個別的にそれを救うことがどんなに称賛に値しようとも、その種の行為をなすために過大の負担や犠牲を、法が一般に法成員に対して要求するならば、それは民心を萎縮させ社会活動を不活発にし、結果において民力を衰弱させるだけでなく、ひいては法に対する国民の怨みと不信を招き、法の權威を損ない、果ては国民を不服従と反抗に駆り立てるに至る。人類の歴史はその実例に満ち溢れている。法は国民が喜んで服従するものであることを理想とする。もっとも、それは理想であって、現実には、利益の権

衡を考え法が極めて重大な社会的利益、現行法体制においては人と自然との自然権の平等保障と世界平和の理想を窮極の価値規準として着実に前進しつつある社会状態の実現や保全のために、国民にある程度まで大きな犠牲を要求することは、必要であるしまた許される。他国の侵略に対し、そのような社会状態の崩壊を救うために、兵士の生命の犠牲を要求する如きはその例であるが、しかしその場合でも、度を越えた要求、例えば如何なる場合にも降服を許さなかつた旧日本の軍法（旧日本陸軍刑法四一条に言う「司令官野戦の時に在りて隊兵を率ゐる敵に降りたるときは、其の尽すべき所を尽したる場合と雖、六月以下の禁錮に処す」）などになると、弊害の方が遙かに大きくなることは、例えば太平洋戦争末期の沖繩戦で、降服を許されぬ司令官に率いられて望み無き戦いを最後まで戦わざるをえなかつた軍隊の、全住民を巻き添えにした悲惨な末路によって、まざまざと示されている。これがすなわち、緊急避難の違法性阻却（責任阻却ではない）の一般的理由にはかならない。

### 犯罪に対する法的対応方法としての犯罪者処遇の原理

仮定不当為判断としての犯罪評価の論理構造から、どういふ理屈の筋を辿って、「犯罪行為者に刑罰を科すべし」といふ帰結判断が導き出されるかは、本論の冒頭で解説した。しかし、この理屈の筋には根本的誤りがあるので、この帰結判断は誤っている。誤りは至極単純で、犯行時の彼とその後の彼とが同一人格だということを、昨日そこに在った壺と今そこに在る壺が同じ壺だというのと、同じように考えていることに在る。そして、彼のなした犯罪は彼の人

格に帰属するということを、昨日壺の中に注ぎ入れた汚物が今もその同じ壺の中に在ると同じように考えて、昨日汚物を壺に注ぎ入れるべきでなかったならば、今もその壺の中に汚物は在るべきでないのと同様に、昨日ある行為をしてそれをその人格に帰属させるべきでなかったならば、今もその人格にその行為は帰属しているべきではないが、汚物の染み込んだ壺はもはや汚物の入っていない壺にはなれないのと同様に、その行為と一体化した人格はもはやその行為の帰属しない人格にはなれないから、その壺の中に汚物を在らしめないためにはその壺を抹殺するしかないのと同様に、その人格にその行為を帰属させないためにはその人格を否定するしかない、と推論することに在る。

しかし、人格とはそんなものではない。それは理知的 $\parallel$ 自由意思的行為それ自身のことである。行為論の解説で述べたように、人の理知的 $\parallel$ 自由意思的行為は、自己自身が過去になして来たすべての理知的 $\parallel$ 自由意思的行為の体験の統一的意味連関を、参照すべき思想・知恵として自己の内に持っている。その意味で、理知的 $\parallel$ 自由意思的行為すなわち人格は、過去になした自己自身のすべての理知的 $\parallel$ 自由意思的行為すなわち過去の各時点における自己自身の人格を、自己に帰属させ自己の内に包み入れている。これが過去の自己自身の人格と今の自己の人格との、過去から今までの存在の連続性と、今における存在の（包摂・被包摂の関係における）一体性とを併せた意味での、同一性である。

そこで、この行為すなわち人格が、この過去体験の統一的意味連関を参照して、未来の物質的世界の諸可能性の中からある行態を取る可能性を選択的に現実化すると、すなわちこの行為がなされ終わると、それがまた新たな過去の体験、自己自身の人格となつて、自己が参照した過去体験の統一的意味連関に付け加わり結合して、これを新たな統一的意味連関（ $\parallel$ より豊かな知恵）に発展させると共に、これを参照することにより、より豊かな未来の諸可能性を開拓する。こうして理知的 $\parallel$ 自由意思的行為すなわち人格は、絶えず自己の行為 $\parallel$ 人格を自己自身の過去体験と

して自己に帰属させ包摂することによって自己超出する。つまり、過去の自己との連続性と一体性を保持しつつ、しかもより豊かな知恵と創造力を持つ新しい自己に生まれ変わるのである。そして、絶えず自己に帰属し包摂されて自己の過去体験の統一的意味連関と結合して行く自己自身の過去の行為||人格は、統一的意味連関の要素となつて絶えずこれをより豊かな知恵へ発展させると同時に、その発展する統一的意味連関の中で絶えず新たにより豊かな意味を獲得し続けることにより、それ自身としても絶えず自己超出する。つまり、自己の人格が変わればそれと一緒に、自己の過去の行為||人格の意味も変わるのである。

犯罪者の人格もまた、犯罪行為||その時点での犯罪者人格を、自己の要素として帰属させ包摂しつつ、絶えず新たな自己へと超出しているのであり、それと一緒に犯罪行為||その時点の犯罪者人格も、絶えず新たな意味を持つ行為||人格へと自己超出している。それゆえ、犯罪時の犯罪行為||犯罪者人格が、法によってなすべからず||在るべからずと評価されたからと言って、その後自己超出を経て来た今の彼の行為||人格が、一旦汚物に染まった壺が常に在るべからざるものであるように、常に法評価において当然になすべからざる行為||在るべからざる人格であることはできない。また、今の行為||人格の不可分の要素となつている過去の彼の犯罪||人格が、壺に染み込んだ汚物のように、常に当然に無価値の意味を持つ行為||人格ではありえない。

もし犯罪をしたことを契機に、自己の過去の生き方・考え方を反省し、努力してその統一的意味連関を作り直し、それに基づいて絶えず現行法体制の目指す社会状態の実現のために、法に従つて他の法成員と協力する行為||人格に自己超出を遂げるならば、法は今の彼を在るべき人格、その行為をなすべき行為と評価するし、彼の犯罪とその時の彼の人格とは、彼のそのような自己超出への重要な契機、原動力として、彼自身にとつても社会したがって法にとつ

ても、極めて高い価値があったとされる。こうなった今、法が彼を処罰する、すなわち彼の人格を在るべからずとして否定する、理由も必要も全く無い。彼の犯罪に対する法の仮定的不当為判断と今におけるその帰結判断は、「もし彼の犯罪がなすべきでなかったとしても、彼の人格は今在るが如くに在るべきだ」と表現される。

ではもし、今彼が自己の犯罪とそれをなすに至った過去の生き方・考え方を反省せず、統一的意味連関を作り直そうとはせず、自己超出を怠りまたはむしろ法的にますます無価値・不当為の方向へ自己超出をしつつあるならば、法は彼の人格を今在るが如く在るべからずとして、否定する、すなわち彼を処罰するべきであろうか。否である。法は、かつて彼の理知的 $\parallel$ 自由意思的行為に対して、適法行為をなすべきことを命じた。その命令評価が否定され犯罪評価が成立したことの帰結として、法はその犯罪と評価された行為が帰属する、すなわちその行為に対し存在論的根源的に責任を負う、彼の人格に向かって、犯罪をなしたことを契機に自己の過去の生き方・考え方を反省し、法の目指す所を理解してその実現に向かい法に従って他の法成員と協力する人格へと、自己超出すべきであると忠告し、懲薄し、激励することができるだけである。なぜなら、法は物質世界において何らかの行態を取る（ $\parallel$ 行動をする）ことを人に対して強制することはできないし、時として強制すべきであるが、思想や人格の改造を強制することはできないし、できないことを強制すべきではないから。自己超出はただ、本人自身の理知的 $\parallel$ 自由意思的行為の内的必然すなわち内より起こる已むに已まれぬ欲求によってのみ可能である。この内的必然に点火のきっかけを呈供すること、これが犯罪に対する法的対応方法としての犯罪者処遇のすべてたるべきである。

では、その処遇の具体的手段はどう在るべきか。次にこのことを論じるべきだが、実はもはや執筆の時間が無い。

そのほか、犯罪者以外の、犯罪に対して責任ある個人、機関、社会の責任の取り方、被害者補償、現行刑罰制度を少しでもこれらの理想に近づけるための具体的で可能性のある提案、死刑の廃止、これらの前提としてふさわしい刑事手続の在り方、等々についても、基本方向だけは論じておきたかったが、執筆時間が無くなってしまったので、以上の問題に触れた私の著書・論文名を終わりに掲げて代わりとする。

犯罪論の方でも、錯誤論、共犯論および各論の重要問題には触れておきたかったし触れた問題についても書きたいことが他にも多々あったが、無理はしないことにした。実は原稿締切りまではまだかなり日があるのだが、新年の講義が始まってしまったら、週三日の遠隔地出張講義や入試監督と執筆とを併行する体力はもはやないし、始まる前に少なくも二、三日は休養を取って執筆の疲れを取り去っておかねばならないからだ。

しかし心残りは全くない。私の発見した真理、宇宙超出の理によれば、人生にも学問にも芸術にも終わる時は無いのだから、いつどこで中断しようと、いずれまた始めればよいのである。

『刑事法における人間の虚像と実像』（大成出版社、一九七六年）一三八～二三六頁。

『権力止揚論』（大成出版社、一九八一年）四一～五六頁、一六八～一七五頁、三一三～三三七頁。

『刑罰権否定の法理』（『刑法雑誌』二五巻一号、一九八二年）一一六～一四七頁。

『フランス革命と近代刑事法の理念』（沢登佳人ほか編『近代刑事法の理念と現実』立花書房、一九九一年）三～五〇頁。

『宇宙超出への道』（白順社、一九九二年）一〇六～一二八頁。

『M・E・マイヤー研究（続・完）』（『白鷗法学』四号、一九九五年）一〇～一五頁、三三～四五頁。

（本学法学部教授）