

結果的加重犯序説

石 堂 功 卓

一、は し が き

古い結果責任の遺物とされる結果的加重犯は、今日、責任主義の観点から修正を迫られている。責任主義は、近代刑法の根本原理の一つであり、結果責任を排除し、主観的責任・個人的責任を問うものであるから、これを徹底・発展させていけば、究極的には結果的加重犯の廃止につながる筈のものである。ところが、現行刑法の中には、結果的加重犯と思われる規定が、総則的規定を欠いたまま散在しており、いわば責任主義の考え方と矛盾した状況にある。そこで、これらの規定を責任主義の要請とどのように調和させていくべきか、ということが、まさに現代刑法学の課題の一つとなっているのである。

さて、このように、結果的加重犯は、本来破滅的運命にありながらも現行刑法典中に、厳然と存在しているわけで、そこから、具体的問題として、結果的加重犯の重い結果につき過失を必要とすべきか、あるいは、基本行為と重い結果との間の因果関係をどのように把握すべきかといったような点が、ピックアップされることになるのである。周知のごとく、判例では、結果的加重犯の重い結果について過失を必要とせず、また基本行為と重い結果との間の因果関係についても条件説的なそれで足りるとしてきたことであった。はたして、そのような理解でよろしいのであろうか。少なくとも現代的責任主義の観点からは、無条件で承認される筈もない。もとより、学説の中にも、判例と同様の考え方に立つものもないではないが、責任主義の徹底化という社会的要請からするならば、現在の時点で、あら

ためて考え直す段階に来ていることは確かであろう。さらに、結果的加重の本質についても、オェーレル、ハルトウィッヒによって、従来の故意と過失の複合型態とする説に批判が加えられ、それを危殆犯として理解する説が行われていることにも付言しておく必要がある。

ところで、これらの問題を分析するについては、それぞれの問題を個別的に観察し研究していく態度も必要であろうが、それ以上に、その根底に流れる責任論の問題を取り扱おうとしなければ、真の問題解決にはならないであろう。したがって、結果的加重犯に対する責任主義の要請という現代的・歴史的修正は、刑法体系の全領域に及ぶ責任理論の問題でもあって、その背景にある学説の対立・論争について触れないわけにはいかないのである。

二. 責任論に関する学説

二十世紀初めの旧派と新派、非決定論と決定論との争いは、化石化した過去の記念碑として眺望されるだけのものではなく、その極端な個人主義とヒューマニズム、あるいは鼻持ちならない科学万能主義などという非難はある程度克服されたとはいえ、根本的対立は今日なお持続・発展し光を失っていないのである。

刑法学における理論闘争の根本的対立は、いうまでもなく、旧派と新派のそれである。それは、別の見方では、古典学派の刑法理論と近代学派の刑法理論の対立という形で捉えられるわけであるが、こうした対立関係は、そのまま道義的責任論と社会的責任論の対立に移行して考えることも可能である。すなわち、責任の本質を解明することによって、刑法全体の性質を決定することが可能ともなるのである。そして、旧派と新派との理論的対立は、責任論にあっては、非決定論および決定論いずれに依拠するか論争であって、結局のところ、責任の本質をめぐる論争だったのである。こうした対立は、刑罰論にあっては、応報刑主義と教育刑主義の対立

という関係を生み出し、一方は、教育刑・目的刑主義が特別予防ばかりに目を奪われ、刑法の多面的・多目的機能を看過する結果、一般予防を私生児扱いする態度に対して罵倒を浴せかけ、また他方は、応報刑主義が刑法の威嚇的機能に着目し、一般予防論を展開することは、非人間的残虐性嗜好の現出に他ならず、前近代的な時代錯誤の理論であると非難するなど、両派の争いは、熾烈をきわめたのであった。しかしながら、こうした論争を振り返ってみると、まさに、時代的・歴史的現象であったとも表現できるのである。つまり、ルネッサンス後期の人文主義的法学によって長足の進歩を遂げた刑法理論は、その後、カントおよびヘーゲルに至って観念主義化され、個人主義思想と相まって、近代刑法としての性格を具備することとなったのである。したがって、その根本理念とするところは、自由主義思想の下に国家の独善的・専制的刑罰権の行使を阻み、個人的自由の保障を達成しようとしたところにあるといっても過言ではない。ここに意思自由論が責任論における市民権を獲得し、道義的責任論と結んで古典派刑法学を形成することとなったのである。ただ、それが、方法論的には多分に観念的・思弁的・哲学的であったことは否めない事実である。

ところで、産業革命以後の急速な技術革新による機械化文明がもたらしたものの一つは、19世紀における累犯あるいは少年犯罪の増加現象であったことは周知の事実である。この犯罪現象に対処するために、進化論を金剛杖とし、科学主義、実証主義の方法によって刑法理論を立て直そうとする試みがなされるわけであるが、それこそが、近代学派と呼ばれるものだったのである。近代学派は、古典学派が応報刑思想の下における正義を説くことに対し、厳しい批判の眼を向けることから始めて、刑罰は発展性を持つべきことを強調したのであった。その上で、個人主義的刑法理論を排斥し、刑罰の目的を社会改良に求めることによって、教育刑・目的刑主義および社会防衛主義を主張するに及んだのである。ここにおいて、刑法は、その様相を一変し、刑事政策的色彩の強いものとならざるをえず、やはり古典学派とは、水と油のような関係に立つのであり、彼我距離を隔て

て存在するしかない悲劇的運命を担っていたのである。このような経過を辿り、古典学派と近代学派との論争が壊成され、両派共に妥協を許さない激しい対立関係が続くこととなったのである。

ところで、問題の核心は、責任とは何かである。前述したように、古典学派からは道義的責任論が、また、近代学派からは社会的責任論が主張されている。いうまでもなく、道義的責任論においては、刑事責任の根底に、道義的責任の意識の存在を認めるのである。しかも、その理論的根拠として、法は、道徳や宗教あるいは、儀礼・風俗・慣習等を基礎とする世論を存在理由としていることを摘示した上、法は、道徳や倫理と全く同一ではないにしろ、本質的関連性をもっていることを強調するのである。そこでは、責任は、まさに道義的**非難**ということになるが、もとより、その前提に意思自由論の存在することが最大の特徴である。すなわち、意思の自由のある行為者が、それに基づいた無原因的行為をなすところに、道義的**非難**が加えられるとするのである。意思自由論を前提とする限り、道義的責任論は、意思の自由のある行為者自身は問題とせず、もっぱら「行為」を対象とした行為責任あるいは、意思責任を問うことになるのは当然であろう。なぜなら、意思の自由がある行為自身は、犯罪行為とは無関係に他の人間と同一の場所に立たされており、道義的**非難**が加えられるのは、行為者自身ではなくて行為の方であり、あえてその行為をなした意思の方だからである。したがって、刑法は、客観主義・現実主義となるが、これが個人的自由の保障に貢献することはいうをまたない。また、道義的責任論においては、かつての応報刑思想が息を吹きかえしていることに注目すべきであろう。これに対して、近代学派から主張される社会的責任論は、科学的実証的な犯罪の観察研究を通じて、その行為者は、素質および環境によって決定されたものとして把握することができることを確認し、道義的責任論の基礎理論となった意思自由論を否定して意思決定論を唱え、行為者に意思の自由はなく決定されているのであるから、そこに道義的**非難**を加えることはできないとするのであった。そしてそこでは、責任の対象は、

行為から行為者自身の社会的危険性へ向けられることになり、行為者の性格責任を問うことによって社会を防衛する必要のあることを説いたのである。ここにおいて、社会的責任論は、犯罪者の再社会化の使命を担うことになり、刑法は、回顧的なものから展望的なものへと発展して行くことになったのである。

このような旧派と新派、道義的責任論と社会的責任論のあらゆる面での対立の原因として、その時代的・歴史的背景も重要であるが、両派の主張の根拠となっている決定論と非決定論との争いが最も重要であり、議論の優先権はここにあるとおもわれる。道義的責任論では、意思の自由を認めた非決定論の上にその理論が展開され、社会的責任論にあっては、行為者の素質的・環境的決定を根拠とする宿命論的決定論を基礎として論理が展開されていることはたしかであるが、今や、そのいずれにも傾くことのできない状況になっていることは、明白な事実である。すなわち、人間の行為は多かれ少なかれ素質および環境によって決定されているのであって、それを無視して純然たる意思の自由を説くことは、フェリーのいうように、単なる幻想にすぎないであろう。また、だからといって、科学万能主義に陥った実証のない宿命論的決定論を主張することは、人間性を見失った空虚な議論であり自惚にすぎないともいえよう。

今日、決定論と非決定論を調和し止揚する試みが、決定論の立場からも非決定論の立場からもなされているのは、むべなるかなである。ことに、それが、新社会防衛論と新古典主義の論争の中に、顕著に表われているように思われる。両者は、たがいにたがいを意識しつつ接近するものではあるが、なお、その基本的態度においては、頑固に決定・非決定を主張することを忘れないのである。このような争いは、わが国においては、相対的非決定論と、いわゆる「やわらかな決定論」との争いに集約されているといっていいいであろう。意思の自由を肯定する相対的非決定論の立場には、人間の行為を素質や環境によって決定されている部分のあることを了解しながら、なおその上に、完全な意思の自由を認める、いわば、相対的非決定

論的非決定論といったものや、あるいは、素質環境に決定されつつなお意思の自由を肯定する点では前述の立場と同様であるが、その意思の自由について、これを不証明な存在現象として把握し、緩和化した形で意思の自由を肯定しようとするものが考えられるが、前者にあっては、相対的非決定論といっても、意思の自由そのものを観察すれば、従来の非決定論となんら変るところはないといっても過言ではなからう。そこで後者のような主張が、決定論と非決定論とを調和・止揚させる意味において、真に相対的非決定論と呼ぶにふさわしいものといえるであろう。このような相対的非決定論を主張する論者に、小野博士や団藤博士がおられる。小野博士は、ギュスドルフの「刑事的責任の実存的解釈」に共鳴されたあと、仏教の業論に学ばれた、人間は「決定されつつ決定する」という思想を基礎に相対的非決定論を主張される。すなわち、人間存在は、諸行無常の世界にあって、常に流動する人格の歴史的・時代的生成のうちにある。しかし、そういった中であっても、過程を構成する静的・一時的な現存在としての自己決定はあるのであり、したがって、自我あるいは人格の自由も存在し、そこに責任も生じるのである。小野博士はいわれる。「現実の世界には絶対の自由というものもなければ、絶対の決定というものもない。そこには業の因果、すなわち相対的な自由と責任との無限連続があるだけである。」¹⁾と。これに対して、平野教授は、小野博士の思考形式にあっては堅い決定と非決定の二つに限定されている点を指摘され、相対的自由といっても両者の結合にすぎず、その意味で「決定されつつ決定する」ということは考えられない、と批判される。しかし平野教授の言に従えば、相対的非決定論は本質的に「やわらかな決定論」を前提としなければならないことになり、相対的非決定論は自己矛盾を余儀なくされることになる。そこに、平野教授の「やわらかな決定論」の根拠があるわけであろうが、²⁾ 小野博士が、ただ単に決定論という言葉を使わずに、「堅い決定論」という言葉を使われていることから、必ずしも堅い決定および非決定の二形式に執着されているわけではないとおもわれるし、また、「やわらかな決定論」の前

提の必要性自体にも疑問をもたざるをえないのである。団藤博士もまた相対的非決定論を主張され、さらに人格責任論を説かれる。すなわち、行為とは人格のあらわれであり、その人格は素質および人格形成のための環境の相互作用によって形成される。つまり、ある素質をもった人間が、生活の場において体験を積み重ねて行く過程のうちに人格が形成されるのである。そして、人格は、行為の場において、行為環境とその主導的地位を分けあい、両者の相互作用によって行為となって現実化するのである。このような理論は、決定論を彷彿とさせるものがあるが、それを払拭するように団藤博士は主体性論を展開される。博士にあっては、主体性によって、行為者が素質および環境に支配されつつも、なお、コントロールが可能であることを強調される。もとより、コントロールの対象となるものは、因果必然的に決定されたものでなければならぬし、主体は因果関係をこえたものであることを必要とするであろう。なぜなら、対象が決定されたものでないならば、それにコントロールを加えることは不可能であるし、主体が因果の法則のうちにあるとしたならば、結局それは、因果必然的に決定されたものとして、主体の座から引き摺りおろされることになるからである。また、行為そのものにつき、博士は、すべて生物学的因果の過程としてとらえることができるが、それは行為の主体性・実践性を否定しきれるものではなく、人間の行為は、素質・環境の制約をうけつつも、その限度内で、なお意思の自由を考えることができるのであり、決定とも非決定とも証明がなされていない部分については、その挙証責任は決定論者の側にあると主張されるのである。³⁾ そして、さらに、このような見解を基礎として人格責任論を展開されるが、その特徴は、上に述べたような主体性のある人間の人格形成責任を問うところにあるといえよう。団藤博士の主張は、前述した小野博士の見解を、一層緻密に解析したものとおもわれ、その意味では、団藤博士もまた道義的責任論に依るところ大であるといわなければならないが、その機能面、実際面において、はなはだしく決定論に接近したものであることは確かである。このような団藤博士の理論に対

しては、「やわらかな決定論」の立場から平野教授が批判をされている。まず挙証責任は非決定論者の側にあると批判されるのであるが、はたして、その挙証責任をどちらかに負わせるとして、立証は可能なのであろうか。立証が困難なものを相手方におしつけ、それをもって自己の立場を正当化しようとする態度には疑問が残らざるをえない。その意味では、挙証責任は相方にあるといえるのではあるまいか。つぎに、団藤博士の理論によれば、原因があれば責任は軽くなり、また、行為が反規範的人格態度のあらわれであればあるほど期待可能性が減少するということになってしまふ、と批判されるが、原因の存在が責任の軽減につながるという論理は、むしろ、完全な意思の自由を肯定する相対的非決定論的非決定論のもたらす論理ではあるまいか。また、主体が因果関係をこえるものであるとするならば、それに刑罰という責任非難を加えることによって、それを変更することは不可能であり、刑は絶対的応報となるしかないという批判をされるのである。⁴⁾ これは、かなり鋭い厳しい批判であるように思えてならない。すなわち、団藤博士の相対的非決定論・人格責任論は、全体を包み込むものとして、あるいは、その根底に流れているものとして、全人格と行為を結ぶ因果法則性の承認を必要としており、その上で、あるいはその中で、主体性論がはじめて可能となるのである。しかし、そうすると、次に述べる「やわらかな決定論」とあまり変るところがないことになりはしないか。「やわらかな決定論」を説かれる平野教授は、従来犯罪学における犯罪原因のとらえ方がきわめて生物学的であった事実を反省し、現在の犯罪原因のとらえ方は、規範意識および価値体系重視の傾向にあることを強調され、因果関係も、従来のように力関係として把握するのではなく、事象と事象との間の法則性として把握する仕方が有力となっていると述べられる。そして、このような理解に基づいて、犯罪における原因の存在は、責任非難を排除しないと主張され、自由とは、規範意識に従って行動することであり、その規範意識が環境等による自己決定あるいは意思決定を通じて行為となるのであるとされ、無原因な自己決定や意思の自由を肯定す

る非決定論を否定された上で、刑法学と犯罪学との共存を認められる。また、その責任論においては、従来の道義的責任論に対して否定的態度をとられ、性格論的責任論（実質的行為責任論）を説かれる。⁵⁾ すなわち、行為が前述のような意味で決定されているのならば、犯罪行為の再発を抑止するためには、行為者の人格にはたらきかけねばならないことになる。さらに、行為が、人格の規範心理的な部分に相当であれば、それだけ責任が重いということになるであろう。また、この責任論においては、行為責任であることを特に強調される。人格責任論が、行為者の人格形成を考え、人格自体に強くはたらきかけるのとは対照的に、性格論的責任論では、行為を問題とし、行為の禁止を命ずるだけである。ただ、危険な人格をもつものに対しては、その行為について、より一層強く命ずるのである。しかし、この立場における刑罰は、同じ行為が再びおこらないようにするための契機にすぎず、こうした意味の刑罰である以上、責任は、本来の意味の非難としての責任とはいえないし、また、性格論的責任論にあっては、行為者の現在の人格に対して責任を問うものである点、有責的過程を経てそうなったのかどうかを問わないことは、非難としての責任の本質に矛盾する、というような批判が福田教授からなされているのは、周知の事実である。⁶⁾ それに反論されて平野教授は、非難も一つの意味をもっており、責任は単に回顧的なものではなく、一体何のために過去の行為を非難するかにおいて、その意味では、責任は展望的でなければならないとされたのであった。⁷⁾ しかしながら、犯罪行為の再発を防止するところに重点がある以上、過去の行為を非難するといっても、その実際においては、教育刑あるいは犯罪者の再社会化ということになってしまい、結局、社会的責任論と何ら異なるところがなくなってしまうのではないかが疑問であろう。それはともかくとして、平野教授の理論体系そのものは、非決定論に著しく接近したといわなければならない。特に、行為責任を主張するところなどは、従来、非決定論において説かれてきたところであった。もっとも、決定論の立場であっても非難は可能であり、行為責任を問うこともできると

したところに、平野教授の理論の特色があったわけであるが、それにしても、この立場を貫こうとするとき、伝統的な非難の意味に何らかの修正を加えねばならないのではなからうか。

ところで、決定論・非決定論を調和させる試みとして、さらに目的的行為論の立場からの主張がある。その論者として、ヴェルツェルの説に賛意を示される福田教授があげられるが、理論的傾向としては、むしろ平野教授の説に近いものといえよう。すなわち、意思の自由を無原因的に理解するところには責任はないし、刑罰も無意味となるから、意思も、ある法則性のうちに存在するといわなければならない。しかし、だからといって、人間の意思や行為をすべて決定されたものとして理解すると、本来の意味における非難を加えることはできない。そこで、因果的決定と意味的決定の二つの決定形式をみとめ、人間の行為は、因果的決定のうちにあり、それを変更することはできないが、意味にかなった方向に統制することができるとし、そのような能力を意思の自由と呼べば呼ぶことができるとされる。⁸⁾ ただし、この場合、意思は無原因ではなく、意味に決定されていると主張されるのである。このような見解は、ヴェルツェルに依るものであるが、ただ福田教授は、ヴェルツェルが、犯罪を不自由な意思によるものとしていることに対して、犯罪行為もまた、意味にかなった統制にもとづくものとされるのである。そして、非難としての責任は、この意味的決定の層に対してこそ考えることができるということになるのである。この目的的行為論からのアプローチは、むしろ、決定論からの非決定論への接近としてとらえることができよう。なぜなら、それは、因果的決定の層において存在する素材ともいふべき因果の法則から逃れられないことを確認したうえで、素材を操る意味に決定された意思を認めようとするからである。この意味的決定の層が責任非難の対象となるわけであるが、そのような人格の一つの層を非難するものである以上、福田教授が、平野教授に対してなされた、現在的人格を非難することは責任の本質に矛盾するという批判から推察すると、意味的決定の層への責任非難のうちには、その形成

過程をも含むとおもわれるが、しかしそれは不可能であろうし、また、可能であったとしても無意味であろう。なぜなら、それは、すでに決定された形式としてそこに横たわっているものであるからである。それでも、なお形成過程を問題にするとしたならば、それはもう犯罪者以前の問題に帰着しないだろうか。

以上、決定論と非決定論との対決から、両者を調和させようとする試みが、決定論の立場からも非決定論の立場からもなされていることを述べてきたわけであるが、そこから結論的にいえることは、すでに選択の時代から調和・発展の時代に入っているということ、すなわち、どの立場を選ぶかではなく、どの立場がよりよく説明するかということなのである。そういった意味では、この論争は、決定論者や非決定論者が自己の主張を高々と掲げ、その反動として排他性を帯びていたのに対し、はなはだしく実際の・合理的になり、柔軟性を帯びてきたことを指摘しうらと思われる。したがって、それぞれの立場に対する批判は、その立場を完全に否定するという意味のものではなく、よりよく説明するための模索的意味をもつ、とでも表現されるものである。

- 1) 小野清一郎・「フランス語刑法学における責任論 (二・完)」ジュリスト299号56頁。
- 2) 平野竜一・「刑事責任について——批判に答えて——」法学協会雑誌82巻3号34頁以下参照。
- 3) 団藤重光・「刑法における自由意思の問題」尾高朝雄博士追悼論文集224頁以下参照。
- 4) 平野・前掲41頁。
- 5) 平野・前掲35頁以下。
- 6) 福田平・「現代責任論の問題点」ジュリスト313号61頁以下参照。
- 7) 平野・前掲47頁。
- 8) 福田・前掲61頁。

三、責任主義における責任の内容

「責任がなければ刑罰はない」という言葉であらわされる責任主義は、近代刑法の根本原理の一つであり、行為者の主観面を無視した結果的責任や団体的責任を排し、行為者の故意、過失を必要とする主観的責任、他人の犯した罪に問われないという個人的責任を強調し要求するものである。¹⁾しかし、このように概括的に捉えられた責任主義が、どのような機能を持ち、またどのような要請をするかということを正確に把握するためには、責任とはなにかという責任の本質を明確にする必要がある。そこで、ここではその責任の内容としての責任要素について述べてみることにしよう。

現在、責任論における論議は、規範的責任論と目的的行為論における責任論との論争によって支配されているといわれるが、²⁾ 今日のように規範的責任論が発展し、実務においても行われるようになる以前においては、心理的責任論が説かれていたことは周知の事実である。心理的責任論は、意思の自由を肯定する古典派の理論と結びついて、行為者の心理的事実のみを対象とし、責任能力のある行為者が、故意または過失をもって犯罪行為をなした場合、ただちに責任を問われるというものであった。³⁾ このような心理的責任論における欠陥を指摘し、修正することを目的として規範的責任論が主張されたのである。心理的責任論は、ベーリングにおいても主張されていたように、責任が心理的・主観的なものであるのとは対照的に、構成要件該当性と違法性は、外部的・客観的なものであるとするのであるが、エム・エー・マイヤーがこれを止揚し、さらに、主観的違法要素もあることを明らかにしたのであった。ここにおけるエム・エー・マイヤーの業績は、評価としての違法性の客観性につき、評価の対象を客観的なものとして理解するのではなく、対象の主観的要素をも考慮に入れ、評価そのものが客観的になされることを意味するということにあったとい

える。⁴⁾ しかし、心理的責任論における欠陥を見過すわけにはゆかない。それは故意と過失との区別、とくに認識のない過失とのそれについて、単なる行為者の心理的關係に注目し、事実を認識したか、あるいはそれが可能であったかによってのみ区別した点であって、別言するならば、行為者が認識すべきであったが認識しなかったという規範的側面を無視したことである。他方規範的責任論は、このような心理的責任論のもつ欠陥を修正することによって、徐々に発展してきたわけであるが、まず、それは、フランクによって主張された。フランクは、心理的責任論を批判して、責任とは程度の差のある概念であるにもかかわらず、故意は、その存在不存だけのものであって、その点を心理的責任論は説明することができない。また、責任能力の責任論における位置付けが明確でないし、緊急避難の場合の故意の存在をどう解釈するか問題であるとした。⁵⁾ しかしながら、フランクにとって最も重要な点は、心理的責任論への上述のような批判を踏み台として、自己の立場すなわち今日、規範的責任論と呼ばれているものの原形を創造したところにある。別言するならば、初期におけるフランクが、心理的責任論を信奉しつつも附隨的事情を重視していたことに端を発し、その附隨的事情を単なる客觀的事実から行為者の主觀的なものの中に見出すことに成功して、責任は、行為者の心理的事実だけのものではなく、その基礎となるものが「非難可能性」にあることを発見したといえるのである。そして、その非難を可能にするためには、まず責任能力の存在が必要であり、つぎに故意および過失、そして最後に「附隨的事情の正常性」が必要であるとしたのであった。⁶⁾ つまり、責任能力および故意・過失があっても、そのときの行為がやむをえないような事情の下にある場合には、責任は阻却されることになる。このように、フランクは、責任を行為者の単なる心理的事実から、非難可能性という概念をもちいることによって規範的なものへと止揚したのである。

つぎに、ビンディングが刑法学を実定法を基礎として研究し、刑罰法規とそこからみちびかれる規範とを区別して、規範の違反があった場合に刑

罰法規によって行為者に刑罰が加えられるという理論から、責任は、行為者と規範との関係において理解されなければならないとして、責任を行為者の規範に対する挑戦あるいは矛盾として理解したことであった。ただビンディングは、そのように責任を理解すると同時に、行為者と結果との心理的關係としても責任を理解していた点に注意すべきであろう。⁷⁾ ビンディングにつづいてエム・エー・マイヤーが規範的責任論を発展させたことは余りにも有名である。⁸⁾ 彼は、ビンディングが責任を刑罰法規から区別された規範に求めたことに賛意を表しつつも、それを批判し、その規範以前に存在する文化規範によって義務付けられている行為に反して、行為する意識、およびその可能性、すなわち「義務違反行為の意識の可能性」を責任の基礎においたのであった。⁹⁾ 従って、彼の場合、文化規範における義務に違反して行為するという意識がない場合には、責任も問えないことになるであろう。

グラフ・ツー・ドーナにおいても、マイヤーと同様な「義務違反行為の意識の可能性」を、責任の基本的条件としたのであるが、義務の根拠については、ビンディングと異なった見解をもっていた。すなわち、ドーナは、古典学派的傾向の理論を展開し、マイヤーの文化規範にかえて、形式的な法理念にその根拠を求めたのであった。¹⁰⁾

これに対し、ゴールドシュミットは、責任要素を故意・過失である心理的要素と規範的要素とに分け、この規範的要素は故意と並存するものであるとした。¹¹⁾ また、規範的要素は、義務規範の違反として捉えられたわけであるが、ゴールドシュミットにあってはドーナのような形式的な義務規範ではなく、行為者の外面的態度を規律する法規範とは別の義務規範、つまり行為者の内面に働きかける実質的な義務規範の存在を認めた。¹²⁾ この義務規範が本当に存在するのか、あるいは、それは法規範に他ならないといった議論はともかく、ゴールドシュミットの功績は、マイヤー、ドーナが責任の根拠を法律以前のものとして考え、そこから非難を行為者に加えようとしたのに対し、法規範と義務規範とを区別しつつも、両者を同一次

元において捉えたところにあるといえよう。さらに、ゴールドシュミットは、衡平法を根拠にして、義務規範の違反があった場合でも、それに相当の理由があったときには、責任を阻却することとした¹³⁾ のでわる。

ゴールドシュミットと同様の見解に達していたのがフロイデンタールであった。彼によれば、責任とは、行為者が別の行為をなすべきであり、またそれが可能であったにもかかわらず、あえてその行為をなしたところにある、このような別行動への可能性が行為者にはない場合には、責任もないということになるのである。¹⁴⁾ フロイデンタールにおける理論的特徴は、今日、期待可能性の理論と呼ばれる前述のような見解を、行為者自身の問題として把握していた点にあるといえよう。

このように発展してきた規範的責任論を一応の完成にみちびいたのは、エー・シュミットとメッガーであった。エー・シュミットもメッガーも、ゴールドシュミットにおける法規範と義務規範との区別が明確になされていない点を批判し、法規範のうち評価規範と決定規範があると主張したのであった。すなわち、評価規範は、行為者を特定することなく、客観的に一般的に妥当するものであり、それは違法性判断の基準となる。一方、決定規範は、個別的な主観的に違法行為の禁止を命ずる規範であって、非難可能性としての責任の根拠となるものであるとしたのである。¹⁵⁾ ここにおいて、責任における規範的要素の理論的根拠があきらかにされたのであった。

しかし、エー・シュミットとメッガーによって一応の完成を見た規範的責任論も、ひとつの矛盾もない完璧な理論であった訳ではない。規範的責任論は、責任を非難可能性とし、その非難の根拠を規範的なものに求めていたのであるが、なお行為者の結果に対する心理的關係である故意・過失を、責任要素として残存させている点は矛盾ではないかとか、期待可能性の理論の適用以外の責任阻却、換言すれば、正常な行為事情における責任阻却をどのように説明するかに関連し、故意に違法性の意識を必要とするかという問題が残されていたのである。¹⁶⁾ そこに、規範的責任論がさらに

発展する可能性があったわけであり、目的的行為論が主張される理由もあったのである。現在の責任論は、この目的的行為論の責任論と従来の規範的責任論との論争のうちにあるのであるが、目的的行為論の責任論も規範的責任論であることにはまちがいないのであり、論争の基本的課題は、規範的責任論をどのように発展させていくかにあるのである。¹⁷⁾ このことを念頭において、目的的行為論の責任論について述べ、問題点を探ってみたいと思う。

目的的行為論をとる学者としては、ドイツにおいては、ヘルムート・ヴェーベル、ヴェルツェル、マウラッハ、ブーシュ、ニーゼ、わが国においては、木村博士、福田教授等をあげることができる。その中でも特に、ヴェルツェルによって強力に主張されていることは、すでに知られているところである。

従来の行為論である因果的行為論における行為とは、行為者の意思によって生じた外部的動作が、因果的に結果を惹起するまでの過程を意味し、この場合その結果についての行為者の意思内容は問題とならず、ただ、責任の領域において問題となるのであるが、それに対して目的的行為論では、行為は、そのような単に因果的過程として捉えられるものではなく、目的性をもつものである。すなわち、行為とは、行為者の意思が因果関係を介してそのむこうにある目的あるいは結果を予見し、その実現のために必要な手段を選択・決定した上で、因果関係を操る目的意識的な過程を意味するのである。¹⁸⁾ 行為をこのように理解するとしたならば、それには客観的要素とともに主観的要素をも含むものとしなければならない。そして、その結果、故意は、構成要件の故意であり、構成要件の主観的要素として理解され、客観的要素とともに違法性判断をうけることになるのである。違法性とは、客観的・一般的に命じられる法規範に対する行為者の目的的意思にもとづく行為との関係であるが、責任は、個別的・主観的な純粋な評価であって、行為者が法規範に矛盾することのない行為をなす可能性が存していたのにもかかわらず、あえて違法な行為をなしたという

ころに責任非難が加えられるのである。¹⁹⁾ 従来の規範的責任論が、このように責任の本質を非難可能性として把握していたと同時に、行為者の心理的事実である故意・過失を責任形式として認めていたのに対し、目的的行為論においては、そのような心理的事実を目的的行為として構成要件の領域に移行させてしまったのであるから、責任には純粹に非難可能性だけが残ることになったのである。こうして目的的行為論は、責任を非難可能性という規範的要素に限定することによって、規範的責任論の徹底化を図ったのであるが、これに対して、従来の規範的責任論からの反論も当然あったのである。それは、まず目的的行為論によっては過失を説明することができないという点にあり、さらには、責任が目的的行為論の説くように非難可能性という純粹な評価であるとするならば、責任は、行為者自身から遊離して存在するものとなるが、責任はそのような形では存在しないのであって、行為者自身の心理的事実を無視するわけにはいかない。その意味では責任は、行為者の悪意あるいは不注意によって結果を生じさせたところにあるのである、という批判もあった。²⁰⁾ しかし、後者の批判に対しては、責任の本質を非難可能性という規範的なものに求めながら、心理的要素をも認めるのは矛盾であるとして真向から対立するのであるが、前者の疑問点をめぐっては、目的的行為論は、その基本概念である目的的行為概念の拡張によって問題を解決しているようにおもわれる。²¹⁾ 目的的行為論が過失を説明できないと批判されるのは、過失の構成要件が結果だけを規定し、行為を規定していないからであるが、目的的行為論の立場からは、過失の構成要件が開かれた構成要件であることを根拠にして、過失犯を説明しようとしている。すなわち、過失犯は、目的的行為の際の不注意によって、目的的行為の目的以外の結果が惹起されたときに成立するものであり、その場合の目的的行為は、過失犯の成立にとってそれほど重要なものではないとし、また、過失行為は、その如何を問わないとしたのであった。²²⁾ さらに、目的的行為論は、過失を自己の体系の中に合理的に組み入れるために次のように主張する。つまり、過失犯の違法性にあつては、従

来、結果の無価値、すなわち法益の侵害ばかりが強調されてきたが、まず行為の無価値が論じられなければならないと説く。そして、その行為の無価値とは、社会生活上必要な注意義務（客観的注意義務）に違反した行為であることを意味し、したがって、過失犯の構成要件に該当する行為とは、この客観的注意義務に違反した行為ということになるのである。²³⁾

正常な行為事情の場合における責任阻却をどのように理解するかについては、規範的責任論において、期待可能性が問題とならない場合には、故意に違法性の意識、あるいは少なくともその可能性を必要とし、それが無い場合には故意にはならず、さらに過失が問題となるというように説明されてきたのであるが、目的的行為論にあっては、構成要件の故意は構成要件の主観的要素であるとするのであるから、故意に違法性の意識を必要とするかどうかは問題でなく、すでに構成要件該当性の段階において故意は決定されているのである。そこで、違法性の意識あるいはその可能性が独立して問題となるが、目的的行為論では、これを規範意識であるとして、責任の要素の中に含ませてしまうのである。²⁴⁾ すなわち、行為者が法規範に矛盾することのない行為をなすことができたにもかかわらず、あえて違法行為をなしたところに責任の本質があるとするならば、行為者が自己の行為の違法性を知らなかった場合には、責任非難もなされず、反対に、行為の違法性を知っていたにもかかわらずその行為をなしたとすれば、そのことを根拠にして、行為者に責任非難がなされることになるのである。規範的責任論が、違法性の意識あるいはその可能性の欠如をもって故意責任を阻却し、さらに過失責任を問うことができたのに対して、目的的行為論は、違法性の意識あるいはその可能性の欠如をもって責任そのものが阻却されることとしたのである。

規範的責任論を徹底させる意味で、故意・過失を完全に構成要件の領域へ移行させるのが正しいのか、あるいは、なお、責任形式としての故意・過失を残存させておくのが正しいのか、問題は今だに解決されないままであるが、目的的行為論の責任論が従来の規範的責任論に与えた影響は大き

いといわなければならないし、従来の規範的責任論も目的的行為論の責任論を無視することができない状況にあるといえる。特に、故意・過失を純粹に責任要素とみる時代は過ぎ去り、今日では構成要件要素としても捉えるのが普通である。問題は、故意・過失を責任形式として残すかどうかという点にあるのである。

- 1) 福田平・「責任主義の展開」ジュリスト500号381頁。
- 2) 大野平吉・「刑法における責任要素 —— 刑事責任論序説 ——」判例タイムズ302号16頁。
- 3) 従来、責任主義の要請というとき、この心理的責任論を基礎として、結果に対して故意・過失を必要とするという意味に解されていた。
- 4) 木村亀二・「刑事責任の意義と構造」法学セミナー141号3頁。
- 5) ヴェルツェル・「最近百年間における責任論の発展」大野平吉訳・法曹時報18巻6号3頁。
- 6) 木村・前掲3頁。
- 7) Binding, Normentheorie ; Normen und Strafgesetze Bd, II. 1872, S. 259.
- 8) Vgl. M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1923, S. 182. ff.
- 9) Vgl. M. E. Mayer, a. a. O. S. 201.
- 10) Graf, zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlung, 1905, S. 67 ff.
- 11) ヴェルツェル・前掲4頁。木村・前掲3頁。
- 12) ヴェルツェル・前掲4頁。
- 13) 木村前掲3頁。
- 14) ヴェルツェル・前掲4—5頁。
- 15) Vgl. Mezger, Lehrbuch, 1949, S. 166 ff.
- 16) 木村・前掲4頁。
- 17) Welzel, Das Deutsche Strafrecht 11. Aufl. 1969, S. 138. ff.
- 18) 大野・前掲16—17頁。木村・前掲5頁。
- 19) 大野・前掲17頁。
- 20) このような批判をする学者に、メツガー、パウマンがいることは周知の事実である。
- 21) すなわち、目的的行為の際の不注意によって生じた結果とその過程をも、目

的的行為の一変化として理解するからである。

22) 木村・前掲6頁。

23) 木村・前掲5—6頁。大野・前掲19頁。

24) ヴェルツェル・前掲6—8頁。大野・前掲17—18頁。木村・前掲7頁。

4. 責任主義の展開と結果的加重犯

前章までは、責任主義の要請がいかなる意味をもち、またどのように発展して行くかということを探る過程として、極めて観念的にまた図式的に述べてきたわけであるが、そうした中で、責任主義の性格の把握について、責任自体を性格付ける決定論・非決定論の争いが実際的になり柔軟性を帯びてきたことや、責任を故意・過失としてのみとらえる心理的責任論が克服され、非難可能性としての責任を認める規範的責任論が確立し、今や責任の内容はかなりの変貌を見せているという事実から、どのような傾向を持つべきか、あるいはもっと積極的にどのように修正していくかということが明確になったようにおもわれる。すなわち、責任主義を端的に表現する「責任がなければ刑罰はない」という言葉自体は、今日においても意味を失うことはないが、その実質的な意味内容において、故意・過失を必要とすると解するのがすでに当然視されてしまっている以上、言葉自体も古さを加えているといわなければならない。もっと明確に表現すれば、責任概念のうち、故意・過失はそれ程重要でなくなっているということであり、それでもなお故意・過失を重視することに固執するときは、責任主義に構成要件的意味を与えることになるということである。¹⁾

また、責任主義が責任を故意・過失として定義付けようとすることは、非決定論と結んだ心理的責任論の立場であることは疑いがない。つまり、それは意思自由論を前提とする応報刑主義をとるものといえるが、すでにこれまで指摘したように、意思自由論は純粋な形ではとることができないし、応報刑主義も、それが人間の心の中に根強く残っているとしても、そ

れをそのままの形で主張することには問題があるといえよう。²⁾ このよう
にして考えてくると、責任主義のもう一つの原則である「刑罰の程度分量
は、責任の程度分量に比例してきめられなければならない」という原則
は、応報刑思想が顕著であり、その根本的修正を必要とするのである。³⁾
しかしながら、このような責任主義であっても、古い時代の結果責任・団
体責任を排除し、個別的責任・主観的責任を問おうとしたこと、簡単にい
えば、結果責任主義から意思責任主義への脱皮そのものは評価されるべき
ものがある。現在の責任主義は、このような意思責任主義をさらに一步進
めたところにあるといってもいいであろう。⁴⁾

ところが、現行刑法の中には、この結果責任主義から意思責任主義への
脱皮の過程で、取り残されたとおもわれるような規定がある。その代表的
なものが結果的加重犯としての傷害致死罪(205条)、延焼罪(111条)、往
来妨害致死傷罪(124条2項)、車船顛覆破壊致死罪(126条3項)、墮胎致死
傷罪(213条後段、214条後段、216条)、遺棄致死傷罪(219条)などであ
る。⁵⁾ これらの結果的加重犯は、行為者が構成要件に該当する基本的行為
を行ない、その結果行為者が予見していなかった重い結果を生じた場合、そ
の重い結果を理由に刑が加重される犯罪である。したがって、その性格は
結果責任を問うものといわなければならない。この点に、結果責任・団体
責任を排した意思責任主義の批判が浴びせられるのである。結果的加重犯
は、近代刑法の根本原理のひとつであるこの責任主義の攻撃によく耐え、
時代の正しい潮流にも流されず、その面目を保っているわけであるが、今
日、すでに確立してしまっている意思責任主義の執拗な圧迫に、不本意な
がらその修正を余儀なくされているのである。しかしながら、意思責任主
義は結果責任を(親の敵ででもあるかのように)憎悪し排除するのに対し
て、結果的加重犯はそれをこよなく愛するものであって、そういった意味
では、結果的加重犯の責任主義による修正といっても、その性格自体の根
本的修正は望みえず、⁶⁾ 結果的加重犯が刑法上現存する限り、実質的に責
任主義を裏切らない程度において責任主義の衣を着せ、両者を宥めすかす

ことが解釈論において問題となるのである。

具体的場面で結果的加重犯が責任主義との関係で問題となったのは、結果的加重犯の基本的行為と重い結果との間にどのような因果関係が必要であるか、また、その因果関係さえあれば重い結果には過失を必要としないかという点に関してであった。このうち、前者の因果関係の問題に関しては、従来の判例において認められてきた条件説によるべきか、あるいは相当因果関係説によるべきかが争われ、現在では通説的地位にある相当因果関係説を判例がいつとるかということ、視点を変えていえば、判例がいつ条件説をあきらめるかということが、最大の関心事となっている。条件説を純粹に解釈すれば、結果に対して原因を与えたすべての条件を等価値として考え、そのような原因がなければ結果も発生しなかったという条件関係があれば、ただちに因果関係の存在を認めるということになるが、その結果、不当な処罰の拡大をまねくことになり、例えば、犯罪者の両親までも因果関係の枠内にあるという非常識なことになってしまう。ところが判例は、そのような条件説をとりつつも、前述のような非常識な結論におち入ることを回避するために、責任主義をもち出してくるのである。⁷⁾ ここで問題となるのが結果的加重犯の場合をどのように説明するかである。つまり、判例は結果的加重犯の基本的行為と重い結果との関係を条件的因果関係説によって説明するにもかかわらず、重い結果に過失は必要でないとするのであるから、実質的には条件説が招く処罰の不当な拡大を制限することができなくなってしまうのである。⁸⁾ この条件説の実際上の欠陥を判例が認識していることは、いくつかの判決が本質的には条件説を支持しながらも、その口ぶりが相当因果関係説をとるものであるかのように感じられることから明白である。⁹⁾ しかし、それならば何故判例は条件説を固持しあきらめきれないのか、また、条件説に従う利益が一体どこにあるのか疑問を禁じえない。

こうした判例の態度の基礎となっているのが、結果的加重犯は結果責任を問うものであって、その性格自体はどのようにも変更することができな

いという固定観念である。もっとも、そういった性格の捉え方そのものは頭ごなしに否定するわけにはいかないが、近代刑法の根本原理である責任主義にあきらかに矛盾する以上、結果的加重犯に何らの修正も加えず刑法体系の中に組み入れようとしても、そこに無理が生ずるのは当然である。やはり、責任主義の見地から何らかの修正が必要である。そこで結果的加重犯の基本的行為と重い結果との間に相当因果関係の存在を前提とした上で、さらに重い結果に過失を必要とするという主張がなされるのである。このように結果的加重犯を解釈論上理解することによって、結果責任としての結果的加重犯は、実質的に意思責任としての結果的加重犯を意味するものとなり、責任主義の要請を満たすことになるであろう。こうした結果的加重犯の理解の仕方に対しては、二つの反論が考えられる。¹⁰⁾ まず第一は、重い結果に過失を必要とするのであれば、従来の判例がそうしてきたように、基本犯と重い結果との間を条件的因果関係説によって理解しても、処罰の不当な拡大を招くことにはならないというものであり、第二は、基本犯と重い結果との間を折衷的相当因果関係説によって理解すれば、重い結果に過失を必要としなくても、實際上不都合な結果を生じることはないというものである。第一の反論は、さらに、重い結果に過失を必要とすれば、因果関係そのものが不要でなくなるという因果関係否定論に発展するものであるが、第一の反論も第二の反論も共通していえることは、因果関係の構成要件の意味を無視した上、さらに責任論との混同がみられるということである。すなわち、結果的加重犯にあっては、故意によってなした基本的行為とともに、それによって発生した重い結果をも構成要件として規定しているのであって、その行為と結果が構成要件に該当するものというためには、行為と結果の因果関係が問題とされなければならない。こうした意味で、因果関係は構成要件該当性の問題として理解されるのであり、犯罪論体系上機能を異にする責任論とは厳格に区別されなければならないのである。したがって第一の反論および因果関係否定論は、実質的に構成要件の枠を拡げるものであり、また、それを軽視して、すべ

てを責任論に押し付けて解決させようとする点、近代刑法のもたらした、犯罪を構成要件該当性、違法性、責任性に三分して考察するという方法を無視するものであって、正当とはいえない難いであろう。同様のことは第二の反論に対してもいえる。折衷的因果関係説が実察上結果的に処罰の不当な拡大を限定可能にしたとしても、はたして、なお折衷的因果関係をもって責任を限界付けることが可能であろうか。この反論の欠陥は、このように、構成要件該当性の段階で問題とされるべき因果関係を、責任の領域にまでもちこんだところにあるのである。しかし、両者の根本的欠陥は、責任主義の要請、すなわち、結果責任から意思責任へという要請を忘れてしまって、ただ単に不当な処罰の拡大を防止することにのみとらわれているところにあるのである。

このようにして、責任主義の要請に応えるためには、結果的加重犯においてはその重い結果に過失を必要とすることが明確となったわけであるが、その結果、結果的加重犯は、故意犯と過失犯との複合形態として捉えられるとしても、それが刑を加重する合理的根拠となりうるか、つまり、故意犯と過失犯との刑の数学的総和以上のものとはなりえないのではないかという疑問が起ってくるのである。その疑問に対する一つの答として、オエーレル、ハルトウィッヒ、わが国においては滝川（春）博士の見解があげられる。²⁾ その見解のいわんとするところは、結果的加重犯の基本犯である故意犯のうちに、重い結果発生への危険性を認めることによって刑加重の根拠とするとともに、結果責任としての結果的加重犯そのものの性格を結果責任から解放するところにある。また、結果的加重犯をそのように危険犯として理解すれば、複合形態とする立場が重い結果に過失を必要とすることは、實際上意味がなく、責任主義を単に形式的に主唱するものであるにすぎないことになる。このような理解は確かにある説得力をもっている。特に、結果的加重犯の実際的面において、重い結果がどのような形で作られたか不明確な場合が多く、¹²⁾ これを基本犯の危険性によって理解すれば、問題は容易に解決へと導かれることになろう。ところが、結果的加

重犯の問題は実体法上の問題であり、実際上の便宜のために解決される問題ではない。そういった観点からすると、現行刑法に規定されている結果的加重犯は、まぎれもなく結果責任としての性格を具えていること、つまり、危険犯と解する説のように、基本犯である故意犯の危険性だけが構成要件的意味の上で重要視されるのではなく、重い結果もまた構成要件要素であるということから、危険犯としての結果的加重犯は、もはや結果的加重犯として存在しえないのではないかとおもわれる。¹³⁾ そこで結果責任としての結果的加重犯は、責任主義の要請上、その重い結果に過失を必要とすることから、故意犯と過失犯との複合形態として捉えるのが最も正しい捉え方であるということになる。しかし、依然として刑の加重の基礎となるものは何かという疑問は残されたままである。この疑問は、複合形態とすることが何故刑を加重するのか、という疑問におきかえることができる。そして、その疑問への解答として次のようにいうことができるのではないかとおもわれるのである。すなわち、人間の犯した過ち、つまり存在論的現象学的立場からいうところの相対的「悪」は、刑法によって定められた構成要件的評価を受けた後、はじめて刑法的「悪」としての推定をうけるのであるが、そのような刑法的悪は、相対的悪から逃走した無法者として取扱われるものではなく、あるいは、刑法という人為的生産物の下で、刑罰の道具として理解されるべきものでもない。¹⁵⁾ したがって、刑法的悪に対して刑罰という数量的段階的評価を加えること自体空虚な作業といわなければならない。ところが、今考慮しなければならないのは、現実に犯罪者達によって、我々の共同社会が危機にさらされているということであり、その共同社会に加えられる侵害には程度の差があるということである。刑法は、これに注目し、「お前は懲役7年だ」とか、「あなたは罰金1万円を払って下さい」とかいうように、相対的かつ妥当とおもわれる(歴史的にみれば相対的な価値観をもつ共同社会の中において、そのまた相対的とおもわれるということ)刑罰を、犯罪者達に加えることとしたのである。このように、人間を対象とする限り、それを数字によって表そう

とする刑罰は、常に空虚な側面をもっているのである。そして、このような空虚さを認識する限り、結果的加重犯を複合形態として理解する立場からは、故意犯と過失犯との刑の数学的総和以上のものとはなりえないとする批判も、その態度をやわらげるのである。

- 1) 目的的行為論の影響の下に、故意・過失が構成要件要素でもあることを考えると、これは当然そうなるであろう。
- 2) 斉藤誠二・「刑法の改正と責任主義(1)」警察研究45巻11号15頁以下では、応報刑の思想を支持できない理由として、まず第一に、その前提である意思自由の存在を証明することはできないこと、第二に、応報刑の思想は、それ自身刑罰を前提としており、なぜ国家に刑罰権が与えられるのかを説明していないこと、第三に、犯罪はどのようにして刑罰によってつぐなわれるのかを合理的には説明していないこと、第四に、刑事政策の観点から、犯罪者の再社会化を図るためには有害であること等をあげている。
- 3) 刑罰の程度分量の基礎となるものは、もちろん責任であるが、さらに犯罪者の再社会化をも考慮し、刑罰はそれを妨げてはならないのである。
- 4) 従来の意思責任主義に対して、さらに非難可能であることという要件がつけ加わるのである。
- 5) 強盗致死傷罪(240条)については、条文上、結果的加重犯を表す「因テ」という言葉が使われていないために、これを故意犯であるとする見解と、やはり結果的加重犯であるとする見解が対立している。
- 6) 結果的加重犯の結果責任としての性格を根本的に修正しようとするれば、危険責任としての結果的加重犯を認めることになる。しかしながら、そう解した場合、なお結果的加重犯として理解することができるかどうか疑問である。なお、小野清一郎・「刑法における責任の原理と結果責任」法律時報38巻8号60頁参照。
- 7) 福田 平・「結果的加重犯と因果関係」法律時報32巻12号40-41頁、白井滋夫・「強盗致死罪における因果関係の存否」法律のひろば24巻9号32頁、拙稿・「結果的加重犯と責任主義」法学セミナー230号98-99頁。
- 8) 福田・前掲40-41頁、拙稿・前掲98-99頁。
- 9) この点については、湯川洋・「結果的加重犯について一判例を中心として」西日本短大憲論叢11巻1号1頁以下がくわしい。同論文ではさらに、判例は、相当因果関係が肯定されるときは条件的因果関係説によっても因果関係が肯定されるとするにすぎず、相当因果関係説をとることを明確にするため

には、それによって因果関係を否定することが必要であるとする。なお、同趣旨のものに、青木清相・「結果的加重犯」綜合法学39号63頁、福田・前掲41—42頁、拙稿・前掲99頁がある。

- 10) 福田・前掲42—44頁。なお、青木・前掲65頁は、さらに、重い結果に過失を必要とする明文上の規定を欠くこと、および、基本犯には故意を必要とするのだから、重い結果に過失を必要としなくても責任主義には反しないということを理由とする反論もあることを示すが、前者については、明文上の規定を欠くからこそ、解釈論的に責任主義の徹底化を図るべきであり、後者については、重い結果もまた構成要件要素であることを看過しているのではないだろうか。
- 11) オエーレルの見解については、香川達夫・「結果的加重犯の本質」法律時報35巻9号64頁以下、ハルトウィッヒの見解については、同・「結果的加重犯の本質」学習院大学法学部研究年報2号1頁以下、滝川博士の見解については、滝川春雄・「結果的加重犯」法学教室2号120頁以下を参照。
- 12) その具体例としては、佐々木衷・「ある傷害致死事件と準備草案」ジュリスト205号19頁以下にあげられており、重い結果に過失を必要とすると、結果的加重犯の認定は被告人の供述如何ということになってしまい、刑事訴訟法の被疑者の供述を重視しない、という立前に逆行するとして、致死の結果をもたらした犯行については激情犯を認めることを提唱している。しかし、伊達秋雄・「責任主義」法律時報37巻1号11頁でも述べられているように、過失を証明するために、それ程正確な被告人の認識は必要でないとおもわれる。
- 13) 危険犯と解する立場では、結果的加重犯も実質的にひとつの故意犯として理解されるのではないかとおもわれる。
- 14) 刑法を人間生活の一部としてとらえれば、構成要件も評価としての機能を果すことになる。
- 15) こうした意味からも絶対的応報刑は排除されねばならない。

五、結 語

これまで検討して来たところから、責任主義の性格の把握について、責任自体を性格付ける決定論・非決定論の争いが実際的になり、柔軟性を帯びてきたこと、そして、その点に関するかぎり、相対的非決定論の立場がより一層妥当性をもっていることなどが指摘できると思うが、それでもなお、大野（平）教授の次のような問題提起のあることを想起する必要がある。

ろう。すなわち、「理性的にして自由意思なる古典学派の人間像は、自由主義のイデオロギーの中心点をなす個人の概念に対応するものであった。わたくしは、そのような近代の倫理的人間像が重要な文化史的意義と役割をもったことを否定するものではないが、果してそれが現実の具体的な犯罪者とその行為を理解し評価するについて、十分妥当なものなりや否や、検討を要する問題であろう。」(大野平吉「刑法と自由意思」, 中山・西原・藤木・宮沢編・現代刑法講座第一巻所収67頁)と。

さらに、責任論については、心理的責任論が克服され、非難可能性としての責任を認める規範的責任論が確立し、今や責任の内容はかなりの変貌を見せているという事実経過も明確にしえたと思う。そして、その延長線上で、結果的加重犯についていうなら、基本行為と重い結果との間に相当因果関係の存在を前提とした上で、さらに重い結果に過失を必要とするという主張が、より合理的妥当性をもった考え方であると思えてならない。このような考え方に立脚して、最高裁が昭和42年10月24日第三小法廷決定(刑集21巻8号1116頁)のみならず、判例の積み重ねにより具体的事案の解決に迫り、明確な基準を打ち出すことを望むのは筆者のみではなからう。