

ドイツ近代犯罪論体系の史的変遷

沢 登 佳 人

目 次

本稿の課題

一 フォイエルバッハとカント哲学

二 ヘーゲル学派Ⅱビンディングと絶対主義

三 ルーデンとフランスの刑法典ペナルコードおよび新古典学派

四 古典主義新派（ペーリング、M・E・マイヤー）とワイマル共和国

五 古典主義新派の変質と全体主義、および戦後

次稿以後の課題

本稿の課題

先稿「フランス犯罪論体系に学ぶもの（法政理論一三巻三号）」（以下「先稿」と略称）で私は、仏独犯罪論体系の違いが、かなり基本的な点で仏独刑法典の規定の仕方の違いに由来すること、またその規定の仕方の違いが、まず罪体・罪状を証明し然る後に責任無能力その他の放免事由の存否を確認するという前近代刑事手続の構造にびつたり対応しているか（フランスの場合）、それともさような手続の構造を無視して専ら各規定の一般的なるか特殊なるかに応じて総則と各則とに分かつという純理論的要請を重視するか（ドイツの場合）に由来することを、明らかにした。

従来言及する人のいなかったこのような事がらが、果して諸家に受けいれてもらえるか、実の所甚だ不安であったが、公表の結果は予期に反し、数多くの方々から「よくわかった」「新しい視野がひらかれた」「所説は直ちに血となり肉となる感じがした」などの好意ある言葉が寄せられ、特に刑事法史に造詣深い数名の方々からは「本当にその通りだ」「わが意を得た」などのお褒めの言葉を頂いたので、いささか意を強うした次第である。そこで、「豚もおだてりや樹にのぼる」感なきにあらずだが、先稿で予告した通り、右の視点から、一層具体的に、近代大陸刑法、刑法学の歴史、特にドイツのそれを眺めなおす仕事に着手しようと思い、その前提としてまずその仕事全体の大まかな展望を試みたのが、本稿である。

先稿で指摘した通り、なるほど、ドイツ刑法典およびドイツ犯罪論体系は、一貫して、前近代法では罪体・罪状の要素であった故意過失を、同じく前近代法では罪体・罪状の立証後初めて立証テーマとされる責任無能力等の放

免事由と併せて、各則所定の特別構成要件および刑法各論から切り離し、総則および刑法総論において、犯罪の一般的な成立要件または加重減輕要件としてまとめて規定しおよび論じて来た。しかし、更に仔細に検討すると、法典における規定の仕方よりも学説におけるその論じ方特に体系の立て方において、時代の推移につれ、そして学者および学派の違いに応じて、或いは明瞭に或いは微妙に異なる所の変化、差異ないしニュアンスが認められるのである。

一つ一つの学説の詳細な検討は次稿以後の課題として残し、全体の展望を与えることを任務とする本稿では、とりあえず概略の流れのみを記述（従つて細かな註記は省く）すれば、その変化、差異ないしニュアンスはほぼ以下のように要約されうる。

一 フォイエルバッハとカント哲学

まず、ドイツ近代刑法学の父と称せられるフォイエルバッハの犯罪論体系 (*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1801.) は、第一に、犯罪の可罰性の根拠を、可罰的なために必要な条件たる絶対的根拠と、絶対的根拠が存在してすでに成立している所の可罰性に対して、単に輕重を付する条件たるにとどまる相対的根拠とに区分し、第二に、その各根拠をそれぞれ、客観的根拠と主観的根拠とに区分する。そして、絶対的根拠中の客観的なものが罪体構成要件であり、絶対的根拠中の主観的なものが責任能力、違法性の意識、強制や錯誤の不存在などの帰責であり、相対的根拠中の客観的なものが権利侵害とその危険性の程度、犯罪行為の指揮者・勧誘者・正犯・幫助者等の犯行への関与の態様など、後の学説で違法性の大小として構成しなおされるに至る諸要素

であり、相対的根拠中の主観的なものが故意と過失とおよびそのそれぞれの大きさである、とする。

故意過失を犯罪の必要要件従って絶対的根拠とせず、単にすでに犯罪として成立しているものの軽重の要件たる相対的根拠に過ぎぬとしている点は、今の刑法・刑法理論に馴れた眼には奇異な感じがするが、これは、前近代および当時の刑法・刑事手続法では原則として犯罪は故意過失無過失を問わず成立するものとされ、ただ、故意か過失か無過失か、また同じ故意や過失でも法定証拠によって確証されたか半証拠によって推定されたにすぎないかで刑が重いか軽いか、科されるか恩赦に浴しうるか、民事手続に移されるか無罪放免されるかなど、様々の異った実体法上手続法上の取扱いをされるのだ、という風に考えられていた（この意味で、謀殺も故殺も犯意なき殺人も、一括して殺人の罪と観念されていた）ことによる。だから、例外的に「法が故意を犯罪概念の必要要素としたため、その種の過失犯が単純に不可能であるか、それとも名そのものは失なわれることなく不可能である場合には、故意もまた犯罪の構成要件に属する。」とフォイエルバッハは述べている。

かように前近代的な観念を踏襲している点で、なるほどフォイエルバッハの構成要件概念は一見古くさく、後程説明する如く彼の後輩ルーデンが、構成要件上同一結果を惹起する犯罪の故意犯と過失犯例えば故意殺と過失致死とを明確に別個の犯罪と扱えたのと比較すれば、ますますその感を深くするかもしれない。しかし、更にその後で説明するように、古典主義新派の犯罪論体系（これは今日なお支配的である）において、故意過失が構成要件要素でなく責任条件として定位された時、刑法学者はもう一度フォイエルバッハ理論をかえりみるべきであったろう。故意殺と過失致死とからそれぞれ故意と過失とを引き去れば、残る行為要素の形式は、両者とも全く同じ「自己の作為または不作為により他人の死を惹起する」となるはずだから。古典主義新派の構成要件理論の創始者ベーリングが、晩年構成要件を、違法と責任との兩類型の合体たる犯罪類型から峻別して、構成要件を以て、違法責任兩要素

を統一し犯罪として意味あらしめる指導形相と捉え、それ故例えば「人ヲ殺ス」は、謀殺、過失致死、傷害致死に共通な一個の指導形相、一個の構成要件である、と説明したのは(Die Lehre vom Tatbestand, 1930.)、恐らくこの点を意識したためである。しかし、彼の後輩たちはこの点を看却し、故意過失を専ら責任条件としながら故意殺の構成要件と過失致死の構成要件とを別異のものと解し続けたから、その矛盾を激しく撞いて目的行為論が登場し、フォイエルバッハ的晩年のベールリング的やり方でなく、後述するルーデン的やり方つまり故意過失を構成要件要素と捉えるやり方で、この矛盾を解決しようとしたのである。指導形相という言葉は耳馴れず、ベールリングの解説も明快とはいえない上に、わが国構成要件理論の草分け小野清一郎がこれを無意味な概念遊戯とこきおろしているので(「犯罪構成要件の理論」三一頁)、近年指導形相説はほとんどかえりみられないようであるが、前近代刑法の犯罪概念やフォイエルバッハの構成要件概念と引き比べるとその意味がよくわかるし、小野のこきおろしは、後述するように、小野独特の国家主義的反人権的イデオロギーに基づく所の、ドイツにおける絶対主義刑法理論の代表者ビンディングの責任論と同型の道義的責任論、およびそれと表裏する所の、ベールリング構成要件論の自由主義的人権保障のイデオロギーに対する小野の完全な無理解に基づく、その奇矯な構成要件概念に照らし見ての話であるから、そんな言葉に惑わされてはならないのであって、フォイエルバッハ説と併せて指導形相説の意義を改めて問うなおす必要がある。

次に、フォイエルバッハの体系で、犯罪の権利侵害性、その危険性、犯罪への関与度が、可罰性に軽重の差を与える要素だという理由で構成要件から区別されている点は、現代の犯罪論体系に応用すれば、そのまま、違法性を構成要件から区別する根拠として役立てうるわけで、「なるほどなあ」という感じがする(ただし、後述する如く、後になると、違法性の実質は権利(主観的法)の侵害ではなくて、客観的法ないし法益の侵害だ、とされて来

るが。

最後に、フォイエエルバッハが、帰責を構成要件から区別している理由は熟考を要する。

フォイエエルバッハは、決して単に主観的と客観的との形式的な違いだけを理由として、可罰性の絶対的根拠を構成要件と帰責（責任能力、違法性の意識、強制と錯誤との不存在）とに区分したわけではない。フォイエエルバッハにとって、構成要件が処罰の必要的前提である理由は、言うまでもなく罪刑法定主義の要請、すなわち刑罰法規所定の犯罪標識たる構成要件を具備する行為のみが可罰的たるべきだということに在るが、そのことを裏から言う、構成要件は実定刑罰法規に基づき、従って立法者国家権力の意思に直接かつ排他的に基づくべきであり、それ故立法者国家権力が他の何者の意思にも制約されず自らの欲するがままに、言い換えれば体制の都合に合わせてどうとでも好きなように、定めうべきである、ということになる。近代刑法の父としてフォイエエルバッハの名を不動のものにした罪刑法定主義の基礎づけも、その隠された目的は、立法者国家権力が慣習・道徳・宗教の制約から完全に解放され、世俗的体制の都合に合わせて好きなように刑罰法規を制定して、その支配の一元的・能率的・広汎かつ強力な貫徹を可能にし、絶対君主を頂点とする中央集権的官僚国家体制の実力的基礎を固めるに在った。前近代刑法の罪体構成要件は、慣習・道徳・教会法・神学的理念等により来し、世俗公権力の一存では左右できなかつたから、この目的達成のために是が非でも取り除かねばならぬ障碍であつたのだ。絶対主義国家は、法統一のため従来の各種慣習・道徳・教会法・神学的理念を取捨選択・整理統合し、更に独自の観点から従来存在しなかつた新しい罪刑を創造するために、成文法によって罪刑を明定しかつ国民に周知せしめることが是非とも必要であつた。絶対主権の高級官僚兼イデオログとして、フォイエエルバッハは、この方策を実行に移すため、この必要性をカント哲学の援用によって理論的に基礎づけ、美化粉飾したのである（拙論「罪刑法定主義の歴史的意義への反省」〔佐

伯還屠「犯罪と刑罰(B)」および中宗根玄吉「精神医学と刑事法学の交錯(一九八一年、弘文堂)」一五一頁以下参照。

他方、フォイエエルバッハは、個人の自由を高唱するルソー＝カント的啓蒙思想の眞の継承者として、構成要件とは全く逆に絶対主義権力といえども絶対に変えることのできない、普遍的人間性自体に直接由来するアプリアリな原理として、「法的責任は個人の自由意思に基づかなければならない」「その人の自由意思に基づいてなした行為に對してだけその人の責任を問うことができる」(意思責任・個人責任・自己責任)という原理を確認する。国家権力が刑罰法規の制定を通じて支配しうる領域は、犯罪の全体ではなくて犯罪行為すなわち犯罪の物質的・因果的側面だけである。彼の信奉するカント認識論の用語で言えば、時空間形式において直観される感覚所与を因果範疇に當てはめて知識として構成する悟性の対象領域だけである。刑法は、この領域を超えて、個人の主体的自由＝道德的責任の領域、カント哲学で言えば「純粹理性批判」が取扱っている理論理性の領域でなく、「実践理性批判」が取扱っている実践理性の領域に對しては、指一本触れてはならない。それどころか、これを国家権力以外の力の干渉からも絶対に擁護する使命を有する。だからこそ、立法者＝国家権力は自己の体制を守るために罪刑を明定する刑罰法規を制定して、國民に對し、「犯罪を犯すことは君の自由だが、もし犯せばかような刑罰を科されることになるよ」という因果關係の客觀的存在を知らしめ、苦痛を避け快を求めるという感覺世界の存在としての國民各個人のもう一つの心理的な因果關係に對する原因設定を行なうことを通じてのみ、体制にとつて危険な犯罪行為を予防しうるにとどまるのであつて、犯罪を犯そうとする自由意思の發動そのものを直接妨害し抑圧する警察国家的取締やグルマンの特別予防刑による犯罪者の性格改善の如き、犯罪者を含む國民各個人の主体的自由そのものに対する直接干渉を、絶対になしえないのである。現にフォイエエルバッハは、犯罪者の意思に介入して「お前の意思は道德律に合致しないぞ」と言うのは法の任務ではない、ということをも以て、グルマンに對する反對の一論拠とし

ている（滝川幸辰「刑法講話」一〇六頁）。名高いフオイエルバッハの罪刑法定主義の基礎づけ（その内容は次稿で改めて述べる。）およびグロルマンとの論争は、このような思想的文脈の中で初めて理解しうる。そして正にそれ故に、自由とそれに基づく責任との構造は、彼によれば、アブリオリに定まっており、立法者国家権力の左右しうる所ではない。従って、刑罰法規の中で、責任を構成要件の要素に合体させて、または後者と同列に置いて、立法者国家権力者が体制の都合に合わせてその構造を適宜に定めることは、絶対に許されないのである。フオイエルバッハが犯罪の絶対的成立要件として構成要件と責任とを峻別したことは、それ故、彼の罪刑法定主義一般予防論と緊密不可分の論理的関係で結合している。つまり、彼のイデオロギーに基づくのである。

なお、念の為に申し添えるが、Revisionにおけるフオイエルバッハは、「犯罪は因果律によって支配されている」「人間の行為は苦痛を避け快楽を求める因果的衝動によって決定される」という式の一見ベンサムの功利論丸出しの表現を随所でしている。これがどうしてカント的自由意思論と調和しまた教科書の体系と整合的なのか、首をひねる向きもあるかと思う。この疑問を解く鍵は二つ在る。

第一に、カントの思想体系は元来、ロツクヒューム式経験論とデカルトライブニッツ式先驗論とを統合して、経験知と先驗知を相互制肘させることにより理論理性の認識射程を自然界の因果性に制限し、当時急速に信用を失いつつあった理論理性による宗教・道德の基礎づけすなわち旧式の形而上学を否定すると共に、理論理性の限界を超えた所に、超因果的な自由意思実践理性の領域を想定し、実践理性の無前提的当為判断定言命法として道德律を基礎づけ、道德律の二律背反を救うため実践理性の要請として神の存在と靈魂の不死すなわち宗教の根本原理を基礎づける所の、新しい形而上学の構想に外ならない（拙著「権力止揚論」《大成出版社、一九八一年》六六～七七頁にその詳しい論理の筋道が解説されている）。それ故、犯罪・刑罰概念の意味する所を、厳格にカントの体系における

自然の因果的存在に限定するならば、それはおのづから、道德・宗教と無縁な功利論的犯罪・刑罰概念に近づく。そしてフォイエルバッハは犯罪・刑罰概念を、そのような明示的限定の下に用いているのである。(Revision der

Grundsätze und Grundbegriff des positiven peinlichen Rechts, I, 1799, S. 319ff.)

さて第二に、犯罪・刑罰というような何千年の伝統を持つ法律上の基本概念の内容は、一思想家一法学者が恣意的に創り変えるわけにはいかないから、フォイエルバッハがそのように限定しえたということは、当時までのヨーロッパの伝統的な犯罪・刑罰概念が正にそういうもの、または少くともそれに近いものであったことを示している。そして事実、糺問手続の第一段階(ドイツ法では一般糺問)における証明対象たる「罪体と被告人がそれを実現したこと」||「被告人による罪体の実現」||「(ルーデンの定義によれば) 犯罪の外部的現象およびその原因としての行為」こそ、とりもなおさず当時の「犯罪」概念だったのであり、第二段階(特別糺問)で初めてその存否が問題となる責任能力・違法性の意識・強制・被害者の同意・錯誤などは、罪体のその実現者「人格への帰責」の(積極的または消極的)要件であって、犯罪そのものとは明確に区別されていたのである。この点でも、フォイエルバッハ理論が当時の刑事法の観念・構造に如何に忠実に構成されていたかがわかる。そして、今日なおフランスの刑法・刑法理論は、先稿で説明したように、犯罪行為と行為者へのその帰責とを明確に区別する伝統を保存している。

思うに、犯罪をかように外界現象として因果的に捉え、責任を自由に基づかしめる所の、伝統刑法の二元論的構成は、カント哲学の二元論的構成と不思議に符節を合しているが、前者は後者に遙かに先立って存在していたのであるから、両者の符合がもし偶然でないとしたら、カントがその哲学体系の構築に当り意識的にか無意識にか刑法の構成をなぞったのである。世俗的な不法・犯罪とそれに対する人格の宗教的道德的責任およびその基礎としての

自由との二元論は、キリスト教学が創り出し完成し普及させて（刑法史では、刑事責任を自由意思によって基礎づける理論の創始者としてトマス・アクィナスの名を挙げるのが常である）、カント＝フォイエルバッハの時代に伝えたヨーロッパ世界の常識であったから、カントが古い形而上学克服のためその応用に思い到ったのは極く自然であったし、現代人にとって難解極まるカント哲学体系が、当時の人々に容易に理解されえたのも当然であったと言えよう。

二 ヘーゲル学派＝ビンディングと絶対主義

犯罪従って罪体＝構成要件と責任とを峻別する点で、フォイエルバッハの体系は、先稿で解説したフランス刑法・刑法学の体系と軌を一にしているが、そこでも述べたように、このような体系構築方法は、自由とそれに基づく責任とを刑法の基礎に据えて真正面から考察するのに甚だ適しており、その点で、前近代の古い刑事法の構造と觀念とに忠実な古風な体系でありながら、実は近代法の根本理念に忠実に刑法・刑法理論を構築するのに最も適している。

しかし、フォイエルバッハの体系は、一九世紀前半における刑法学教科書としての流布と名声とにもかかわらず、後述するルーデンを除けば、殆ど有力な後継者を見出さなかった。

一九世紀の二、三〇年代以降、ドイツ社会は中央集権的絶対主義国家の確立を目指して滔々として動き、一八四八年フランス二月革命の影響下にフランクフルト国民議会が開かれていわゆるパウルスキルへ基本法が制定され、絶対主義体制の建設とその一環としての刑事法の全面的近代化が民族的使命として確定されるや、絶対主義体制の指導的イデオロギーとなったヘーゲルの哲学を、刑法理論においてもそのまま指導理念にしようとする風潮が学界を

風靡し、いわゆるヘーゲル学派の全盛時代に入る。そして一八七一年、遂にプロイセンを盟主とするドイツ帝国が誕生すると共に、ベルナー (Lehnbuch des Deutschen Strafrechts, 1872)、『ハンドブック (Handbuch des Strafrechts, 1885)』らによって、ヘーゲル流国家主義刑法理論の最も整備された最も壮大な体系が樹立される。

ヘーゲル学派の体系の特徴は、フォイエルバッハのように犯罪の諸要素を叙上の観点からきちんと区別した上で、それを組み合わせていわば立体的に体系を構築するのではなく、一切の犯罪要素を一個の構成要件という概念に包括させ、従っていわば同じ平面上に一見した所漠然と無神経に並べている点に在る。

しかし、フォイエルバッハの体系構築を貫く原理とそのイデオロギー的意義とを前述の如く把握した上で、ヘーゲル学派のかような体系を改めて見なおすなら、それは決して単なる無神経さの所産ではなくて、強固な論理に貫かれた明確なイデオロギー的主張に外ならないことが、明らかである。

ヘーゲルの思想体系(「法の哲学」)では、各個人の自由意思と、権利・契約・不法||犯罪・抽象的権利||抽象法・刑罰・道徳・人倫・家族・市民社会・国家とは、ひとしく自由意思として現実的存在なのであり、しかも互いに別個独立の自由意思であるのではなくて、同じ自由意思たる現実存在(絶対精神)の弁証法的発展の各段階を構成するものであって、各個人の個別的特殊的意味はその発展の原初段階に定位されているので、その後の発展の各段階の中に、従って犯罪と刑罰とを定める刑法体系の中に、そして窮極的にその発展の最終最高の段階たる国家(ヘーゲルにおいては立憲君主制国家)の中に、その偶有性として止揚されてしまうのである(「法の哲学」のかような論理構造の特徴とそれに対する批判については拙著「権力止揚論」二二五―二六六頁、一四〇―一四三頁、二七四―二七五頁を参照せよ)。

フォイエルバッハが信奉するルソー||カント理論では、各人の自由意思と、その自由意思に内在する一般意思の

判断形式を文章的に表現したものと仮定される抽象法||国家意思とは、明確に区別されていて、抽象法||国家意思は各個人の自由意思に内在する一般意思の正確な表現たる限りにおいてのみ、効力と正当性を認められる。つまり、各個人の自由意思のみが現実存在であり、抽象法||国家意思は、その存在根拠を個人の自由意思の中に置き、自己の内に持たないという意味で、非現実的||仮構的存在にすぎない（拙著「権力止揚論」二二九頁）。そして正にその故に、法||国家意思はその規律対象たる各個人の自由意思の構造・内容を勝手に創り変えるわけにはいかない。勝手に創り変えることは、自己の存在根拠を否定する自殺行為に外ならないから。かくてフォイエルバッハ理論では、自由意思とそれに基づく責任は、立法者||国家権力の左右しうる構成要件から峻別される所の不可侵の領域である。

これに反してヘーゲル理論では、法||国家意思は、各個人の自由意思と同一の現実存在の、個人の自由意思よりも高次の、すなわちより普遍的な発展段階に外ならず、従って、法成員||国民各個人の自由意思の特殊性の否定を、自己の中に自己の弁証法的発展の契機として含む意思である。刑罰による犯罪の否定もそのような否定の一部であるから、刑事責任の構造はその否定の論理構造に外ならず、従って否定主体たる法||国家意思の歴史的発展段階に応じて異った規定を受ける。つまり、決してアプリオリに決まっておらず、その時々々の国家意思、具体的には立法者||国家権力者の意思によって如何ようにも限定されるのである。その点では、刑事責任は、伝統的な意味における罪体||構成要件の諸要素と何ら異なる所はなく、従って犯罪要素として構成要件と並列されて然るべきであり、また従って、従来の諸犯罪要素と併せて一個の構成要件たる概念に包摂されて然るべきである。

この包摂は、明らかに、構成要件という語の伝統的な意味を無視する変更であるが、ベルナー||ビンディングの時代には糺問手続は完全に姿を消し、従って手続の初めの段階（一般糺問）でまず罪体||構成要件を確認し次の段

階（特別糾問）で正当防衛・責任能力等の放免事由が主張されたならばその存否を証明するという、手続法上の取扱いの区別が消滅していたから、構成要件という語はかような伝統的意味から解放されて、自由勝手に一人歩きを始めたのである。

のみならず、以上のような論理を推し進めてゆくと、ヘーゲル理論は遂に次のような帰結に到達する必然性がある。すなわち——国家は自由意思＝絶対精神の最高の現実態であるから、彼の意思の自由な発動を妨げうる障碍・制約は絶対に在るべきではない。しかるに、罪刑法定主義は統一的な国家意思を分断して、国家立法権の意思たる成文刑罰法規により、同じ国家の司法権の意思たる裁判を制約するものであるから、統一的な国家意思が自らの支配の必要性によって自ら認める自己制限以上のものではありえず、従って絶対的制約ではなく、国家意思の都合でいつでも緩和し排除しうべきである。窮極において裁判に表現されるべき国家の統一的意は、刑罰法規に直接表現された立法権の意思ではなくて、その前提をなす統一的な国家意思としての公法の独立的規則たるべきであり、従ってそれは、刑罰法規所定の犯罪行為のメルクマール（すなわち今日言う所の《狭義の》構成要件）を、単にそれへと辿りつくべき論理の筋道のいわば入口ないし緒とするだけで、そのメルクマールに拘束されることなく、自由な拡張解釈ないし類推解釈によって発見され表明されるべきであるし（罪刑法定主義の否定）、この解釈を導く指導理念は、「法益」すなわち「法秩序にとって価値ありと思われる一切のもの」を守るために、その侵害を禁止し制裁することである（違法の実質概念の、フォイエルバッハの權利侵害から法益侵害への移行）。そして刑事責任とは、要するに、この違反に対する刑罰的制裁を科すべき国家机关の義務に対応する、違反者の刑罰忍受義務に外ならないから、国家の必要に応じて犯意を逸脱する結果に対しても責任を問うことができる（それ故に、ヘーゲル学派の時代に、多数の結果加重犯が創設された）。かくして、すべての犯罪要素は、絶対主義国家の統一的意思想たる公

法規範から一元的に導き出されることになる。これが、絶対主義刑法理論の王冠たるビンディングの体系である。

しかして、およそ国家または国家に代表される民族共同体もしくは社会の意思を、国民各個人の意思に優越させる所の、国家主義的ないし全体主義的傾向の理論は、ヘーゲル・ビンディング理論ならずとも、すべて、犯罪論の体系構築につき同様の結論に到達すべき、論理的なると同時にイデオロギー的な必然性を有する。

例えば、今日なおわが国の国家主義刑法学者小野清一郎が、刑事責任の本質を国家的道義違反と把える立場から、違法性の意識や責任能力の如き、自由とそれに基づく責任の要件まで、すべて国家権力が定める構成要件の形式によって限定されうものとして解し、構成要件は違法類型従って違法の存在根拠であるにとどまらず、責任類型従って責任の存在根拠でさえある、と主張しているのは（『犯罪構成要件の理論』（一九五三年）二五―三三頁）、このためである。

さらに、社会を個人に優越させて、刑法の機能は社会防衛の目的で犯罪者の性格を矯正・改善するに在るべきだ、と主張する実証主義刑法学の代表者リストの犯罪論体系（*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*）も、必然的に、犯罪の諸要素（行為・違法性・責任）を構成要件として一括し、違法性の実質を、広く法により保護される人類の生活上の利益すなわち法益の侵害に求め、かつ、ヘーゲル流理論ではなお原則として責任の基礎であることをやめなかった行為者の自由意思（国家意思はヘーゲル理論によれば、自由意思の最高の発展段階としてその低次の発展段階に在る個人の特殊意思——犯罪意思もその一つ——に優越するが、両意思はあくまで同じ一つの自由意思の異なる発展段階であるから、自己のルーツを否定することなしには国家意思は、犯罪が自由意思の発現に外ならぬことを否定しえないのである。）を、明確に責任の基礎から排除し、責任の実体を、国家目的に適合するように犯罪者の性格を刑罰によって改善する必要性および可能性に求める（故意過失は改善を必要とする性格の徴表であり、責任能力は改善可能性を基礎づける精神の成熟・健全性で

ある、とする）点において、ヘーゲル学派と軌を一にしつつ、責任においては更に竿頭一步を進めている。

三 ルーデンとフランスの刑法典ゴード・ベナルおよび新古典学派

そんなわけで、ドイツの国家社会体制が着々として絶対主義国家への道および絶対主義国家の道を歩み続けた一九世紀と二〇世紀初頭との間は、ヘーゲル学派の全盛時代および実証主義刑法学の抬頭時代であって、フランスのブルジョア自由主義的体系に親近性を持つ、或いはむしろそれにさきがけるフォイエルバッハの体系は影が薄かったが、その体系を祖述すると同時に批判し発展させ、刑法学史上特に重要な役割を演じた人にルーデンが居る。ルーデンは、フォイエルバッハの体系を批判的に発展させて、後に絶対主義が終焉しワイマール共和制が確立した時期に花開くことになるベーリングおよびM・E・マイヤーのドイツ型ブルジョア自由主義犯罪論体系、いわゆる古典主義新派の犯罪論体系への、理論的な準備・橋渡しをした人である。

彼 (Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, 1840.) はまず、当時有力となって来たヘーゲル学派の体系を真向から批判して、罪体＝構成要件と帰責可能性(責任)との峻別を主張し、その主張を、第一に、犯罪行為すなわち犯罪の体 (Corpus delicti; Corps du délit)＝罪体＝構成要件 (Tatbestand. 普通 corpus delicti の独語訳とされるが、「行為の存在」という意味だから、むしろ constare de delicto つまり「犯罪行為の確実な存在」の訳語だとも言う《佐伯千仞「Corpus delicti」について(立命館法学二一号、一九五五年)二四頁》。)と行為者すなわち Person との峻別によって理論的に基礎づけると共に(帰責可能性は後者に属する)、第二に、私が先稿で正に指摘した通りに、当時の糺問式刑事手続における罪体確認手続(一般糺問)とその確認後の——そこでもし被告人が責任無能力等の放免事

由を主張すればその存否の認定が行なわれる所の——手続（特別糾問）との区別によって基礎づけ、返す刀でフォイエエルバッハの故意過失に対する体系上の取扱い（二所述）を批判し、故意過失の存否もまた伝統的に一般糾問の対象なるが故に、罪体＝構成要件の要素に外ならず、従って例えば故殺と過失致死とは同じ殺人罪の軽重の区別にすぎないのではなくて、別個の犯罪類型なのだ、と主張した。

思うに、この点に関するフォイエエルバッハとルーデンとの違いは、フランスにおける一七九一年刑法典の各則規定と、一八一〇年刑法典（現行刑法典）のそれとの、犯罪類型の規定の仕方の違いに正確に対応している。例えば先稿（一九八〇一九九頁）で略説した殺人の規定の仕方における両法典の違いを考察すると、一七九一年法典は、凡そ人の死を招いた行為を故意、過失、無過失を問わず一括して殺人と呼んだ上で、その殺人が無罪とされまたは減輕される条件として事故、過失および今日いわゆる違法阻却事由に当る諸事実を挙げ、次いで故意殺の各種場合を、その間に適宜減輕事由や放免事由を混ぜながら列挙しており、これは明らかにアンシャン・レジーム期の犯罪類型概念を踏襲した規定の仕方であつて、フォイエエルバッハの捉え方と軌を一にしている。これに対して、一八一〇年法典は、故意殺と、過失致死・宥恕条件・不可宥恕条件および正当化事由とをそれぞれ別の節に分けて規定しており、かつ脅迫を故意殺と同じ節に、傷害および殴打を過失致死と同じ節に併せて規定しているので、立法者がルーデン同様、故意殺と過失致死とを別個の犯罪類型としてはっきり把えていたことが、明らかである。フォイエエルバッハの前述「ドイツ現行普通刑法教科書」は、フランスの一七九一年刑法典に遅れること一〇年、一八一〇年刑法典に先立つこと九年の一八一一年に著わされており、これに対してルーデンの前述「ドイツ普通刑法論」は、一八一〇年刑法典に遅れること三〇年の一八四〇年の出版である点から、ルーデンの批判がフランス新法典の新犯罪類型概念の影響下になされたものではないかとの推測も成り立つわけだし、直接の影響はなかったとしても西ヨーロッパ

ッバ世界全体の犯罪觀念の時代的推移と無関係であつたはずはなく、その推移に対してフランス刑法・刑法理論の変化が指導的役割を演じたことは間違いない事実である。この点に鑑みても、フランス刑法・刑法理論との比較考察は、ドイツ従つてわが国の刑法・刑法理論を正しく理解するために有益かつ不可欠である。

もつとも、当時のドイツ法学者にとつて、自分の理論が、領邦国家やライヒの絶対君主により極めて急進的で危険な思想と目されていたフランスの法・法理論の影響下に在ると名乗ることは、甚だ冒険的なことであつたらうから、ルーデンと同時代のドイツ民法学の一方の旗頭ベーゼラーが、フランス革命の法的諸成果を吸収し、例えば素人による陪審裁判を強く要求しながら、「ローマン主義の名残と一八四〇年代のドイツ・フランス間に存した緊張關係のために」そのことを決して認めようとしなかつた（ヴィーアッカー『鈴木禄弥訳』『近世私法史』創文社）四九一―四九二頁のと同様に、或いはカントが、ルソーの忠実な祖述者として自覺的に思索しつつ（『権力止揚論』六九―七八頁参照）、ルソーやフランス革命を蛇蝎のように恐れ嫌う当時の支配者の意向をはばかり、著述の上ではそのことをおくびにも出さず、ただ一点の裝飾品も置かぬ自宅の壁に唯一の例外としてルソーの銅版肖像画をかけることによって、ひそかに、彼を「正道につれもどしてくれた」この思想上の恩人に敬意を献げていた（玉井茂「ソクラテスの妻（合同出版社）」九五頁）のと同様に、仮にルーデンがフランス新法典の影響下にその理論を形成したという推測が正しいとしても、その証言・痕跡を彼の著述の中に求めることは到底不可能ではあるが。そしてこの事情は、他のドイツ刑法学者、例えばフォイエルバッハについても全く同様であるけれども。

さて、ルーデンがフォイエルバッハを批判することによって發展させ後世に伝えた刑法学史上のもう一つの、かつその重要性において叙上を遙かに凌ぐ独創は、行為・結果および両者の因果關係たる伝統的な狭い罪体構成要件概念（ルーデンはこれを「犯罪の外部的現象およびその原因としての行為」と定義する。）の中には汲み尽くされない犯罪

構成要素として、故意過失の外に、更に「客観的法の侵害」たる「違法性」という要素を付け加えるべきことを、提唱した点に在る。

違法性の概念そのものは古くからあるが、国家従って刑法の任務は個人の権利の保護に在るという自然法論に基き、コッホ (Koch, *Institutiones Juris Criminalis*, 1753.) 以来その実質は権利侵害と捉えられ (佐伯千仞「Corpus delicti」について《立命館法学一―号》一四頁)、フォイエルバッハもこれを踏襲しているのであるが、ビルンバウムが法益侵害と言いなおしてその客観化を試みた (日沖憲郎「法益論 (日本刑法学会・刑事法講座一巻)」二八頁) のに引続いて、ルーデンは、フォイエルバッハを真向から批判しつつ極めて明確に、権利すなわち主観的法に對置される客観的法の侵害と捉え、その結果これを、構成要件と並ぶ独立の犯罪要素として、犯罪論体系に定位した。そしてこのことは、伝統的犯罪概念の一大転換を意味する。なぜなら――

犯罪が神の掟ないし道徳の侵犯に外ならず、刑罰がその侵犯の贖罪ないし応報であると考えられていた前近代法では、犯罪はなされたならば絶対に制裁されねばならないから、伝統的な意味での罪体＝構成要件 (ないしそれと故意過失) を備えた行為がなされ、それが行為者に帰責される場合には、正当防衛・被害者の承諾・法令の命令または許容など慣習法上伝統的に認められて来た特別の放免事由が認められない限り、必ず処罰がなされなければならない。また、自然法論＝フォイエルバッハの如く犯罪の侵害性を権利侵害に見る体系でも、伝統的な意味の構成要件は可罰的な権利侵害、その原因となった行為および両者間の因果関係の態様に外ならないから (フォイエルバッハの体系や一七九一年仏刑法典では未遂は原則として不可罰)、それを具備する行為が行為者に帰責される場合には、伝統的な放免事由の存しない限り、当然に権利侵害として可罰的である、という結論になる。

これに対してルーデンによれば、法は、行為が神の掟や道徳にそむくが故に、または単に権利すなわち主観的法

のみを侵害するが故に、犯罪として禁止し犯す者を処罰するのではなくて、行為が、権利侵害を通じて、またはしばしば直接的にさえ（風俗犯、未遂など）、客観的法を侵害するが故にそうするのである（故にルーデンは一八一〇年仏刑法典にならない、未遂を広く処罰すべしとする）。従って行為が、犯罪の客観的な態様としての罪体＝構成要件を具備しているも、また、たとえその構成要件が権利侵害の態様を示すものであったとしても、その構成要件の実現によって客観的法を侵害しているの でなければ、その行為は、帰責可能性やその他の放免事由が問題となる以前に、そもそも犯罪行為とはならない。それ故、伝統的意味の構成要件と故意過失との外に客観的法の侵害すなわち違法性が、犯罪構成要素として置かれなければならない（ルーデンは、この三要素を併せて一般的構成要件と呼ぶ。行為がこのすべてを具備すれば犯罪となる。この犯罪の行為者への帰責可能性（責任能力等）とこの犯罪のかどによる行為者の処罰可能性とは、犯罪とは別の要素である）。

「法定の要件のすべてを備えていても、なおかつ行為が犯罪とならない場合がある。」という主張は、今日の刑法学では殆ど自明のことのように考えられているが、以上の考察から明らかなように、実は古来の犯罪概念のコペルニクスの転換に基づく、刑法史上画期的な出来事なのである。従ってそれは、突如ルーデンという一天才によってこの世にもたらされた啓示の如きものではありえない。それには大きな時代的背景があるはずである。ではどんな背景が？

神や正義や自然という超越者に犯罪者をいけにえとして捧げる前近代法の刑罰はもちろんのこと、立法者によって予告された刑罰が虚名でないことを示すために必ず執行されねばならぬフォイエルバッハ的罪刑法定主義の刑罰も、刑罰法条に触れる行為は有罪が法定されている場合以外絶対に宥恕されえないとするフランス刑法典的罪刑法定主義の刑罰（先稿一九六～一九八頁）も、「罪刑法定主義は人権保障のためのものだから、あらかじめ法定されてい

ない刑罰を禁止する方向にだけ機能し、法定されている刑罰を免除または減輕する方向へは機能しない。」という今日通説的な罪刑法定主義の理解とは、全く異なるものであった。このような情況に対して大きな転換をもたらしたのは、一八三〇年前後から顯著となった所の、フランスにおける国家社会体制の大変換、およびそれと連動して起こったフランス刑法・刑法理論の新動向であった。

ナポレオン没落後の復古王政は、一八一〇年刑法典のベンサム**的威嚇主義**に基づく一般予防刑の理念に加うるに、古色蒼然たる王權神授説に基づき、カント (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797) の**絶対的応報刑**およびドゥ・メーストルの**贖罪刑**の理念(以上三つの理念については次稿で解説)を以て刑事法の指導原理とし、**必罰主義・嚴罰主義**を以て臨んだがために、議會においては**瀆聖罪**の復活や出版犯罪の嚴罰を求める法案の審議をめぐってブルジョア自由主義者の華々しい抵抗に遭い、裁判においては陪審員がしばしば、有罪が明らかなるにもかかわらず刑罰が重過ぎる場合に無罪の評決を行なって抵抗し、やっと制定された瀆聖罪処罰法も実際には只の一名も処罰することができないという有様であった。そしてこのような情勢と論争との中から、**威嚇主義**の一般予防理念と**応報・贖罪**理念との必罰・嚴罰主義を、両理念の相互制肘によって抑制しようとする、いわゆる新古典学派の刑法理論が生まれ、一八三〇年の七月革命による復古王政の崩壊、ブルジョア王制の登場以後、フランス刑法理論の主流となり、今日に及んでいる。その主張は要するに、自由意思的になした犯罪行為に対する行為者の責任の追求としての**応報**＝正義の要求と、犯罪者を一般へのみせしめとして処刑することによる社会防衛の功利的要求とを相互制肘させて、両者に共通の必罰主義・過重過酷傾向と前者の宗教臭・道德臭および後者の気紛れの恣意的専斷的傾向とを緩和しようとするに在る。刑罰の穩和化という人道主義的な目的を、いわば「毒ヲ以テ毒ヲ制ス」る巧妙なマキアベリズムを通じて達成せんとするもので、その基本原理を最も巧みに言い表わした言葉として、しばし

ば、オルトラン（パリ大学でボアソナードに刑法を教え、晩年ボアソナードに刑法の代講をさせた人）の「*ni plus qu'il n'est juste, ni plus qu'il n'est utile*.（功利は正義の無い所にまで及んではならず、正義は利益の無い所にまで及んではならぬ）」（Ortolan, *Éléments de droit pénal*, 2^e édit., 1889, p. 92.）が引かれている。しかるに、罪刑の厳格な均衡を求める応報＝正義の要求は、刑罰法規における罪刑の厳格な法定によって表現されるから、新古典学派のこの標語に従えば、たとえ法定の構成要件を完備する行為であっても、客観的法秩序の維持という国家社会の利益の侵害性を欠き、従ってその処罰に功利的価値が認められぬ場合には、法定通りの刑罰を科すべきではない、ということになる。瀆聖罪はこの意味で客観的法秩序に害がなくその処罰は社会防衛上不必要であるから処罰すべきではない、というのが先記議會自由主義者たちの主張であった。他方、ベンサム理論（*Traité de législation civile et pénale*. これについても次稿で解説。）に導かれた一八一〇年刑法典における刑の重さや型態は、正義の観点以上に、犯罪を犯す快楽を刑罰を受ける苦痛が確実に相殺しうる程度と方法とを基準にしたため、応報＝正義の観点から見ると過重で残虐に過ぎるもの（鉄首輪・烙鉄・親殺しの手を死刑執行前に切断するなど）が多かったから、そのような場合には、たとえ法定の犯罪構成要件を完備した行為であっても、さような刑を科することは応報の程度を超え正義に反しているので許されない、ということになる。陪審が、有罪なることの明らかな被告人を無罪にするケースが頻発したのは、かような理論に基づいてであった。今日なお主流的なフランス刑法学の新古典学派理論は、かように、学者の書齋から生まれたのではなく、絶対主義権力に対するブルジョアたちの（当時はまだ、選挙権も陪審員に選ばれる資格も一定の財産的要件に基づいて認められていた）抵抗および革命の運動の中から生まれ育ったのである。（以上につき Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^e édit., 1947, p. 28～31 参照。なお、この運動とその中の論争の経緯については、できれば、次稿の次くらいに書いてみたいと思っている。）

さて、かように新古典学派理論は体制の変革運動と直接かつ不可分に結合していたので、七月革命以降体制が大変革を遂げる中で、この理論の主張は、次々と、刑法・刑事訴訟法および行刑法の改革——不必要な刑・過重過酷刑の廃止や刑罰の柔軟化——によって立法的に現実化され、また刑罰法規に抵触していても処罰が不必要または不正と思われる場合には起訴しないことを認める起訴便宜主義として司法的にも大いに採り入れられたから、刑法理論の中に、新しい犯罪構成要素として、反正義性や社会利益の侵害つまり違法要素 (*élément inique*) を加える必要性を、刑法学者がこぞって認めるまでには至らなかった。これに反して、刑法・刑事手続法の近代化と統一においてフランスに遙かに立ち遅れていたドイツでは、フランスの新理論を受け入れる場所は、立法および司法の中には全く無く、ただ、犯罪構成要素として違法性を導入するという法理論的な受容のみが可能であった。「刑罰法規所定の構成要件を具備していても、正義または功利の観点よりみて、客観的法秩序を侵害していない行為は犯罪とされるべきではない。」という新古典学派の主張は、その侵害に違法性という名を与えれば、そのままルーデンの一般構成要件論となる。ルーデンの前掲書が著わされた一八四〇年は、すなわちフランス新古典学派の制覇の時期であって、七月革命による自由主義の全面的抬頭、その重要な一環としての刑事法人道化の動きが、ドイツの国家的統一・法近代化への膨脹たる動きと共鳴して、ドイツ法学者特に刑法学者に巨大な感銘を与えたことは、紛れもない事実である。かような動きを警戒する領邦君主への気懸ねから、前述の如く、各法学者が自説へのその影響の痕跡を極力韜晦した結果、今日彼らの所説自身の中にその証拠を見出すことが甚だ困難だとしても。それ故、ルーデンの新理論を、彼が受けたこの感銘のあかしと解することは、決して無稽の推測ではない。(現・ロッシ(Rossi, *Traité de droit pénal* I, 1829. ルーデンも引用。)やオルトランは、ルーデンとよく似た論法で、犯罪を、社会が保護すべき安全・自由(《法益》)の直接侵害による社会秩序(客観的法)の間接侵害と捉えている(この点はいずれ再説)。

四 古典主義新派（ペーリング、M・E・マイヤー）と ワイマール共和国

しかし、絶対主義的国家統一に向つてひた走る当時のドイツ国家社会において、ルーデンの新理論が本来の意義通りに受け容れられる可能性はなかった。ヘーゲル学派の体制的理論は、前記ビンディングの法益侵害説のような形に変容してルーデンの違法概念を採り入れ、法定された罪刑を緩和・阻却するという新古典学派「ルーデンの本来の趣旨とは全く逆に、法益侵害が認められる場合、法秩序維持のために必要なら、法定の枠すなわち伝統的意味の構成要件を超えて罪刑を拡張・類推適用すべきだ」という形で、その違法性概念を利用し、これによって構成要件概念を空洞化し、行為・違法・責任を包括する所の犯罪要素全体の総称に変えてしまったのである（それ故、事実面だけを見ると、ルーデンはヘーゲル学派「ビンディングの国家主義的違法論の先駆者だ」ということになる。しかし、後者と異り、彼は、あくまで狭義の構成要件「罪体と違法性」とを一般構成要件「犯罪行為の別々の要素として対峙させ、従つて相互制肘させている点、および一般構成要件「犯罪行為と帰責可能性」責任能力等とを明確に区別している点で、体系全体としては後者と真向から対立し、むしろペーリング「マイヤー」の先駆者である。ルーデンへの評価が人によって分かれているのは、かような観点の違いによる。しかし、理論の本質はあくまで体系の全体において見るべきであらう。この間の事情をもう少し細説すると、前近代法では、罪体「構成要件がカロリナ法典や慣習法できちんと定められていて、糺問手続の最初の段階でまずそれを証明しなければ被告人に対して絶対に刑罰を科しえなかったのであるから、議会制定法による構成要件の定立」という条件を括弧に入れば罪刑法定主義はむしろ厳格に実施されていた（先稿一九六〇一九七頁）と言うべきで

あるが、ドイツでは近代に入って絶対主義体制の確立過程が進行するにつれ、まず司法の厳格化・無罪放免の減少を求めて一般糺問と特別糺問との区別のあいまい化に伴う罪体概念そのもののあいまい化、罪体認定方法の形式的厳格性の弛緩ないし自由心証主義の抬頭および罪体認定手続の形式化・簡略化が進行して罪体の実体的な犯罪限定機能および手続法的な保障機能を低下せしめ（佐伯前掲「Corpus delicti」26（1971）111～115頁）、次いで絶対君主が宗教・道徳・慣習の拘束を離れて次第に自由に構成要件を定める権限を持つようになって（前述の如くフォイエルバッハの罪刑法定主義理論は、この権限を基礎づける絶対主義イデオロギーに外ならない）。構成要件の刑罰権抑制機能が低下し、そうはさせじとルーデンが伝統的罪体概念の重要性を力説すると共に犯罪要素に違法性概念を付け加えて絶対君主による恣意的構成要件定立の効果を抑制しようとしたのを、ヘーゲル学派ビンディングが逆手に取って、構成要件に代えて違法性を犯罪行為の中心的要素に据え、伝統的な罪体＝構成要件を行為概念の中に埋没させて違法行為即犯罪行為とすると共に、かくてその実体を失い名称のみ残った構成要件概念を、違法行為とそれに対する行為者の責任とを一まとめにした全可罰条件の総称とすることによって、本来の構成要件の刑罰抑制機能を極限まで縮小したわけである。本来の構成要件概念を復権させ、かつフランス新古典学派＝ルーデンの精神に沿うてこれと違法性とを相互制肘させる体系の構築には、帝制末期におけるブルジョア自由主義思想の抬頭と、ワイマール共和国におけるその絢爛たる開花の時期を待たねばならなかった。

その刑法学上の最初の開花たるベリング（Die Lehre vom Verbrechen, 1906）の初期構成要件理論は、ヘーゲル学派によって一旦見失われた伝統的意味の構成要件概念を復活すると共に、ルーデンにおけるこの構成要件と違法性との対置を一層明確化すべく、構成要件から価値判断＝規範的内容を完全に排除して、これを価値的に全く無記の純記述的事実的な行為の形式として捉え、かつこの形式を具備することを以て、行為が次に違法評価の対象とさ

れるための必要条件として位置づけた。そうすることによって、法定枠を超えた正義または功利の追求としての法益擁護と、法益擁護に無用または有害なるにもかかわらず刑罰法規に形式上抵触しているという理由だけで行なう処罰とを、同時に避けようとしたのである。

しかし、ルーデン＝ベリングの体系では、違法性評価すなわち法益侵害の有無と法益擁護の必要性とについての判断の主体は、刑罰法規従って構成要件の定立主体と同じく国家権力であって、その点ではビンディング同様、相互制肘は所詮国家権力が自己自身に対して課する判断上の形式的制約に過ぎないから、立法権と司法権とが馴れ合って、互いに相手からの制約を緩和し合う危険が、絶えずつきまとっている。つまり、一方で、司法権が法秩序擁護のため構成要件の解釈の厳格さを或る程度緩和して類推適用ないし拡張適用を行なうことを、立法権が容認し、他方で、立法権の権威と体面とおもんばかつて、司法権が、法益侵害がなく法秩序維持のため必要がないのに法定の処罰を敢て行なうことを、十分には防ぐことができない。

そこでワイマル共和制時代に入って、ブルジョワ自由主義的ないし社会民主主義的な、国家権力からの自己防衛または国家権力への抵抗の気運が高まる中で、この時期を代表する天才的刑法学者M・E・マイヤー (Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 1915.) によって、構成要件の制定および解釈適用の主体と、違法評価の主体従って犯罪により侵害され刑法によって保護される利益 (法益) としての秩序の主体とを、明確に異らしめることによって、相互制肘における妥協・馴れ合いを困難にして、相互制肘の効果を十分發揮させようとする体系が、提唱される。

彼によれば、前者の主体は当然立法者と裁判官すなわち国家権力自身であるが、後者の主体は国家から明確に区別される一般社会ないし文化である。言い換えれば、違法の実質は、前法的な一般社会秩序たる文化規範の違反で

ある。それ故、立法者||国家権力は彼自らの独自排他的な判断によつては構成要件を定めえず、単に、文化規範に違反する各種行為の中から、国家刑罰権を以て制裁することが可能であり適当であり必要であるものを選んで、その一般的な記述的事実的形式を刑罰法規に構成要件として明示することができるだけであり、その意味でいわば文化規範の評価に従属する二次的選択権を持つにすぎない。こうして定められた構成要件を具備しない行為は、当然に犯罪ではありえないと共に、単なる一般形式にすぎぬ構成要件は、個々具体的行為の違法性||反文化規範性の推定根拠ないし認識根拠であつて、違法性を火とすれば火の所在を推測させる煙に当たり、個々具体的な行為が構成要件に該当しても、当然には違法ではなく、文化規範違反の認定を待つて初めて刑法上違法と認定されるのである。

他方ベールリング||マイヤーは、フォイエルバッハ||ルーデンを継承して、行為の自由意思性とそれに基づく行為者のその行為に対する責任とを、構成要件および違法性と並ぶ第三の、アプリオリな、従つて立法者||国家権力者とはもとより文化規範といえども左右しえぬ、犯罪の基本要素として示すと共に、フォイエルバッハ||ルーデンのいづれとも異つて、故意または過失を、責任能力、違法性の意識および錯誤の不存在と一緒に、この責任の成立要件の一つとして把えたと共に、前近代法以来伝統的に故意過失と区別されて来た違法性の意識と錯誤の不存在とを、故意過失の要素としてこれに含ませた。その原因は次の諸点に在る。

まず、同一結果を惹起する犯罪の故意犯と過失犯とが別個の犯罪であることは、ルーデンらの努力でこの時まで既に自明の理とされるに至つていたから、フォイエルバッハの如く故意過失を犯罪の加重減輕要件として成立要件たる責任能力から区別する体系は、既に過去のものとなつていた。

次に、一八四八年フランス二月革命の影響下に、ドイツ国家体制の近代化をめざしてフランクフルト国民議會がパウルスキルへ基本法を制定し、刑法の近代化、具体的にはフランス式刑法の導入を国是と定め、これに基づ

いて急速に各領邦において糺問手続がフランス式刑訴法に置き換えられて行き、一八七七年の帝国刑事訴訟法典の制定によりドイツ全土から完全に糺問手続が掃蕩されて（この間の事情につき拙著「刑事訴訟法史（風媒社）」一七一頁参照）、罪状認定手続と責任能力その他罪状以外の可罰条件認定手続との区別が消滅し、すべての可罰条件が、予審と公判とを通じて前後の区別なく一括して証明対象とされるに至ったから、ルーデンの如く「故意過失は一般糺問における証明対象であるから、狭義の罪体＝構成要件と並ぶ一般構成要件の要素だ。」と考えなければならぬ必然性が無くなった。

他方、従来伝統的に責任能力と並んで、特別糺問の認定対象たる罪体＝構成要件以外の犯罪成立要件である、とされて来た違法性の意識は、一般糺問と特別糺問との分け隔てが無くなって狭義の罪体および故意過失と一緒に認定対象とされることになって改めて見直すと、事実認識としての伝統的な故意過失と同様犯罪行為についての行為者の認識の一要素であり、また錯誤の不存在は、故意過失と違法性の意識とが存在するための必要条件に外ならないうことがわかる。そうであるなら、従来はそれぞれ異なる認定手続の対象だったから別箇の要素と考えて来たのだけれど、認定手続が一つになった以上は概念構成の簡素化のため、これら諸要素を一括して故意過失と把えるのが便利である。

更に、「自己が自由意思的になした行為に対してのみ責任がある」という個人責任・自己責任・意思責任の原理に照らせば、予見されず従って意思されなかった行為の事実上の結果は、行為者の責任ではないから、犯罪要素たる行為結果すなわち構成要件の結果の予見とその法益侵害性すなわち違法性の意識と、およびその予見と意識とに基づくその違法な結果を実現しようとの意欲、つまり上記の如く拡張された故意過失概念は、責任能力と並んで責任の前提ないし要素と解するのが適當である。

かくて故意過失は、可罰性の単なる軽重事由ではなく成立要件ないし基本構成要素として、罪体〓構成要件から切り離されると共に、違法性の意識および錯誤の不存在を吸収合併して、責任能力と並ぶ責任の要件ないし要素と解されるに至ったのである。

以上の如きが、ベーリング〓マイヤーにより完成され今日なお支配的ないわゆる古典主義新派の犯罪論体系であって、そこでは犯罪は「構成要件に該当する違法で有責な行為である」と定義される。

ところで、かような体系構成をルーデンのそれと比べた場合、最も重大な違いは、ルーデンでは一般構成要件要素だった故意過失が責任要素へと移されたことではなくて、ルーデンではまず狭義の構成要件（ベーリング〓マイヤーの構成要件はこれに相当する。）と違法性が併せて一般構成要件の要素とされ、次にこの一般的構成要件とそれの行為者人格への帰責可能性とが対等の立場で可罰性の二要件とされる、という立体的構造が見られるのに対し、ベーリング〓マイヤーでは（狭義の）構成要件と違法性と責任との三要素が対等の立場で、いわば横一線に並んで、可罰性ではなく犯罪の構成要素とされていることに在る。その結果、前近代法よりフォイエルバッハを経てルーデンに至るまで（そしてフランス法では今日まで）体系構成の最も根本的な枠組であった（ある）所の、犯罪行為〓罪体〓構成要件（フランスの理論では犯罪行為構成要素）とそれの行為者人格への帰属としての責任との二大区分が、ベーリング〓マイヤーではヘーゲル学派〓ビンディング同様見失われてしまった。二大区分の実定法的根拠であった手続の二段階構造が消滅した後には、ベーリング〓マイヤーの天才と進歩的イデオロギーとを以てしても、諸要素対等並列体系が持つ前述の如きイデオロギー的意味を洞察することは、もはや不可能だったのである。そのため先稿（一九一―一九四頁）で指摘した通り、ドイツ犯罪論体系は今日なお、責任の本質を端的に自由意思の中に見ることができず、人権と刑罰権との関係について根本的な反省を行なうことに難渋している。

とは言え、ベーリング＝マイヤーの体系においては、国家刑罰権に対する抑制に最大限の注意と工夫とが払われている。構成要件が価値関係的要素を完全に排除されて、他の要件がそろって初めて犯罪とされうる所の純記述的事実的な形式にすぎないものとされ、犯罪とされるためにそれに付け加わるべき違法評価の主体が国家権力ではなくて一般社会文化であり、違法の実質が文化規範違反であるとされる結果として、国家権力は、文化規範を顧慮せずに自己の体制の都合だけで構成要件を勝手に定めることはできないし、行為が文化規範に違反していないのただ構成要件を備えているというだけで、これを犯罪行為とすることはできない。かくて、その精神においては、罪刑法定主義を専ら人権保障のために機能させようとするフランス人権宣言の初心に忠実で、その技巧においては、右目的を正義と功利との相互制肘による刑罰権の抑制を通じて達成しようとするフランス新古典学派＝ルーデンの術策に倣った、当時においては恐らく考ええられる限りの最も自由主義的進歩的な犯罪論体系が創造されたのである。

なお、ベーリング＝マイヤーのかような体系構築を導くのにあずかって力のあつた哲学思想として、当時有力となつたリッケルトら新カント派価値哲学を没却することはできない（マイヤー自身最も自覚的な新カント派法哲学者であつた）。文化客体としての犯罪行為を事実と価値との結合体と捉え、事実を構成要件に、価値を違法性に振り分けると共に、それぞれに対して異なる外的認識主体——立法者＝国家権力者と一般社会＝文化規範と——を割り当て、かつ犯罪行為を自己のものとして事実的に認識し価値的に意欲する犯罪自身の内的主体として、故意過失および責任能力を備えた個人人格のアプリオリな構造を置く、という整然たる体系構造は、正にリッケルト認識論の犯罪現象に対する直截明快な適用である。しかして、リッケルト哲学そのものが、事実を価値から分断し価値そのものを（将来の）認識の対象として（現在においては）常に無規定の状態に置く（リッケルト「認識の対象」）ことにより、文化

現象の認識において巧妙に価値論争、イデオロギー論争を回避するという、当時のプチブル知識人の保身哲学であったと同時に、その反面、国家権力者―支配階級の体制イデオロギーが露骨に一般社会生活―文化に介入することを拒否するという、消極的抵抗の哲学でもあったわけで、罪刑法定主義の刑罰権抑制機能・階級防衛機能を最大限に発揚させようとしたベーリングの構成要件論、マイヤーの違法理論（文化規範論）は法学におけるかかる消極的抵抗の最良の成果の一つであったと言えよう。概ねかくの如きが、ベーリング―M・E・マイヤーに代表されるいわゆる古典主義新派犯罪論が持つイデオロギー的意義である。

五 古典主義新派の変質と全体主義、および戦後

それ故、ワイマール共和制の崩壊、ナチスの抬頭・進出・支配によってかかるイデオロギーが退潮し、ヘーゲルの国家主義と実証主義的社会防衛論とダーウイン的ニ―チエ的な権力の讚美との^{ねえ}鵠の合体たる全体主義的イデオロギーが主潮流となるや、体制的刑法学者は一斉に、古典主義新派理論の修正にとりかかる。

例えば、大ボスの一人メツガー（Stratrecht, ein Lehrbuch, 1932.）は、マイヤーの体系においては国家権力が自由に定めうる唯一の要素であった所の構成要件の概念を拡張し、マイヤーの体系では国家権力でなくて文化規範によってその内容が決められる所の違法性を全面的に構成要件に合体せしめて、構成要件を不法類型、不法の存在根拠として把えるに至った。かくて刑法学上市民権を獲得した構成要件的不法概念の中身を、ナチス刑法学者シャッフスタイン（Das Verbrechen als Pflichtverletzung, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935.）らは、端的直截に、ナチス国家に代表されるドイツ民族共同体がその成員たるドイツ国民に対して課する所の、ナチス法に直接表

現される義務への違反と捉えた。更にいわゆる期待可能性理論＝規範的責任論（その完成者・体系化者はリストの後継者シュニットであり『List-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26 Aufl., 1932』）期待可能性における期待の主体を国家としたのはメッガーである（a. a. O.）は、ベーリング＝マイヤーによって国家権力の介入を許さぬ聖域たる自由・主体性・人格のアプリアリな構造として捉え直された責任概念を、再びビンディング的方向に引き戻して、意思に対して外から——社会、法ないし国家から——加えられるアポストリオリな、不可避免的に主観的相対的で従ってイデオロギー的な要請に対する不応答、社会的法的ないし国家的な期待への裏切りとしての義務違反と解する見解を流行させた（期待可能性理論は、初め、人道的見地から適法行為を期待することが無理な行為を超法規的に不可罰とする自由主義的人道主義的理論として登場したのに、期待可能性の体系的置き所を誤って違法性でなく責任の要件としたがために、世の思想の流れが変わるにつれ、以上の如く逆に国家主義的イデオロギーに変質せしめられてしまったのである。期待可能性が本当は違法要素であることについては、拙著「故意過失概念の新構成（郁文堂、一九五六年）」五五―六五頁、拙論「違法責任理論の新構成（中京大学論叢六巻一号、一九五九年）」六五―七五頁、同「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（平場還暦祝賀「現代の刑事法学（上）（有斐閣、一九七七年）」一九七―二〇一頁を見よ）。かくて犯罪の全構成要素は、立法者＝国家権力＝支配階級の体制的価値判断、階級イデオロギーにあまらず所なく侵潤され、ベーリング＝マイヤーの消極的抵抗の理論的とりでは、あえなくも潰え去ったのである。

なお、ナチス時代に誕生し、戦後一時期特にわが国で流行したウェルツェル（Das Deutsche Strafrecht）の目的的行為論について言えば、ベーリング＝マイヤー理論がせっかく国家権力の介入しえぬアプリアリな責任成立要件として明確に位置づけた故意過失を、もう一度構成要件にもどして権力の介入に委ねた所を見ると、これまた一種のナチスの反動理論に過ぎないのではないかと疑われるかもしれないが、事はさように簡単ではない。以上の考察

の中でわれわれは、フォイエエルバッハ、ルーデン、マイヤーらが、イデオロギー的には齊しく自由主義的立場に立って、国家権力の介入しえぬ責任の領域を、国家権力の手中に在る構成要件の領域と峻別し対立させながら、故意過失の体系的な位置づけについては三者三様の立場を主張するのを見た。そして実は、これらの立場はみな正しいのであって、故意過失は体系上、構成要件、違法、責任のそれぞれにおいて互いに異なる三重の機能を果たすものとして、それら三要件すべての要素なのである。すなわち、まず、ルーデンが指摘したように、故意犯と過失犯とを別個の犯罪に分かつ要素としては、故意と過失とは罪体||構成要件の要素である。次に、フォイエエルバッハが指摘したように、同一の構成要件の結果を惹起する犯罪行為の可罰性に軽重を与える根拠の要素としては、それは違法性の要素なのである（結果に軽重がないのに何故故意が重く過失が軽いかの理由は、前掲拙著「故意過失概念の新構成」八三頁以下、拙論「すべての過失は認識ある過失である」《植松還暦祝賀「刑法と科学」法律編、一九七一年》三二一―三二五頁を見よ）。

そして最後に、マイヤー理論が確定したように、自己の行為が構成要件に該当しかつ違法であることを知ってこれを意欲する自由意思主体たることに基いて行為者人格のその行為に対する責任を基礎づける要素としては、それは責任の要素なのである。ナチス体制が崩壊し、個人人格の自由と尊厳の理念が法||国家権力の窮極的根拠として不動の地位を確立した戦後の新状況下でも、目的的行为論に魅力を感じる人が跡を断たない理由の一半は、恐らくそれが持つこの一面の真理性に在る。

ナチス時代の大ボスがことごとく他界し、目的的行为論の賛同者も次第に老朽化しつつある今日なお、ドイツ犯罪論は、個人人格の自由と尊厳の理念に貫かれた体系の構築を目指して昏迷を続けている。昏迷の原因は、第一に、ナチスの刑法学の遺産はもとより、イデオロギー論議を回避しようとする保身的姿勢と表裏一体の消極的人権保障のみに終始するベーリング||マイヤーの体系も、人権の積極的な保障・拡充・強化を目指すべき戦後犯罪論の

課題に十分応えうるものではないことに在る。

しかし、より根本的な原因は、犯罪者の生命・自由・財産を奪うという刑罰の内容そのものが犯罪者の人権の侵害に外ならないから、刑罰は本質的に人権の積極的保障と真向から矛盾するものであり、従って積極的人権保障に基づく犯罪刑罰論体系というのは元々「円い四角」と言うのと同じ形容矛盾なのであって、原理的に構築不可能であることに在る。そのことに気づいて、戦後西ヨーロッパや北米で、社会復帰を主眼とする所の、刑罰に代わる法的対犯罪者措置の模索が盛んになったが、未だその成否・帰趨を見定めがたい段階に在る。そこで刑法理論の方は、その動きを横目で見ながら、帰趨の定まるまではとりあえず、従来の理論の継ぎ剥ぎで間に合わせて行こうとしているように見える。この点については、次稿で改めて触れる予定である（なお、拙論「刑罰権否定の法理（刑法雑誌三五卷一号）」にその素描を載せた。）。

次稿以後の課題

以上駆け足で、主としてフォイエルバッハ以来のドイツの犯罪論体系の変遷を、各時代を代表する数名の著者に焦点を当てる形で、時として近代フランスのそれと対応させながら概観したのであるが、そのうち各学者の犯罪論体系の概要を解説した部分は、読者がそれぞれの原著を私の指摘した角度から読みなおして下されば、私の所説の多くの誤りと同時に多少の新味も見出して頂けると思う。しかし、各学説の体系構造が持つイデオロギー的意義は、各著書の中に著者自身の言葉で明言されているわけではないから、原著の文言中に私見の直接の裏付けを見出すことは不可能である。それ故、この点についても私見が少くとも甚しい見当違いではないことを証するに足る若

干の補足を、まず次稿で試みようと思う。

しかるに、刑法理論のイデオロギー的意義は、犯罪論よりもむしろ、刑罰論ないしは犯罪と刑罰との本質論、つまり刑罰権の基礎理念ないし犯罪・刑罰観を論じる序論ないし基礎論において、より鮮明に、時として極めて露骨に表明されるものであり、また、刑法学者がそれを別の思想家、しばしば哲学者ないし形而上学者の思想体系から汲み取りまたは借用している場合には、その思想家、哲学者、形而上学者の思想を直接読み取るのが理解の最捷徑である。それ故私は次稿で、叙上の概観における各学説のイデオロギー的意義の論証を、各学説が拠って立つ刑罰権の基礎理念ないし犯罪・刑罰観の分類・比較考察に基づいて進めたいと思う。

そして更に、それに引続く論文の中で、逐次、叙上に概説した各学説の体系構造をもう少し詳しく検討したり、それら各学説をいわば主峯としてそれと連なる他の峯々にも眼をやったり、その学説が生まれ育ち普及し消えた歴史的社会的背景、例えばフランス新古典学派の揺籃となった王政復古期における議會での瀆聖罪論争のいきさつなどを調べたりして、叙上の荒筋に少しづつ肉付けを施し、必要とあらば修正を加えて行きたいと考えている。また近代法を理解する上で前近代法の知識の極めて重要であることが、先稿と本稿とを通じていやと言うほど明らかにされたので、ここでは極く簡単にしか触れなかった前近代法の構造・原理・観念についても、もう少し詳しい調査をしてみたいと思っている。

かように計画のみは大きいが、わが才能、体力、閑暇、余命の乏しきを思うと、日暮れ道遠き感を免れない。幸い、フォイエルバッハの罪刑法定主義理論のイデオロギー的性格とその歴史的背景については既に中宗根玄吉の精しい研究があり（本稿一所引）、オルトランを中心とするフランス新古典学派の理論については平野泰樹の明快な解説があつて（「フランスの刑事責任（一）オルトランの責任論」《国学院大学大学院紀要一〇輯、一九七九年》）、同（二）新古典主

義の成立過程と刑罰論（１）（国学院法政論叢二輯、一九八一年）」「同（二）同（２）（国学院大学大学院法学研究会誌「法研論叢」八号、一九八一年）」、同（三）同（３）は一九八二年公表予定。その内容については次稿で紹介したいと思っている。）、右二点についての本稿の簡略な叙述を補って余りがある。本稿に興味を持たれた読者の併読を希望する。また、ルーデンの体系については、佐久間基が研究中で、近く或る程度の成果を公表できそうだと聞いている。叙上の如く、ルーデン理論の中に新旧学説の転換の鍵が秘められていると思われるので、その成果によって更に新たな展望が開けることを期待している。